كتاب القضاء والفتيا

(والقضاء) مصدر قضى يقضي فهو قاض إذا حكم وإذا فصل وإذا أمضى وإذا فرغ من الشيء وإذا خلق ، وقضى فلان واستقضى صار قاضياً ، ويسمى قاضياً لأنه يمضي الأحكام ويحكمها ، ويكون قضى بمعنى أوجب ، و (جمعه) أي القضاء (أقضية) وجمع مع أنه مصدر باعتبار أنواعه ، (وهو) أي القضاء (الإلزام) بالحكم الشرعي (وفصل الخصومات) والحكم إنشاء لذلك الإلزام إن كان فيه إلزام ، أو للإباحة والإطلاق إن كان الحكم في الإباحة كحكم الحاكم بأن الموات إذا بطل إحياؤه صار مباحاً لجميع الناس ، قاله ابن قندس . وفي الاختيارات : الحاكم فيه صفات ثلاثة : فمن جهة الإثبات هو شاهد ، ومن جهة الأمر والنهي هو مفتٍ ، ومن جهة الإلزام بذلك هو ذو سلطان . انتهى . وأركان القضاء خمسة : القاضي والمقضى به والمقضى فيه والمقضى له والمقضى عليه . والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ يَا داودُ إنَّا جَعلنَاكَ خليفَةً في الأرْضِ فَاحْكُمْ بينَ النّاسِ بِالحَقِّ ﴾ ، [1] وقوله تعالى : ﴿ فَلا وربِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حتى يُحكِّمُوكَ فيما شَجَرَ بينَهُمْ ثمَّ لا يجِدُوا في أنفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ ﴾ [2] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا اجتَهَدَ الحاكِمُ فأصابَ فَلَهُ أجْرَانِ وإنْ أخطَأَ فَلَهُ أجْرٌ » [3] متفق عليه من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص . وأجمع المسلمون على نصب القضاة للفصل بين الناس . (وهو) أي القضاء (فرض كفاية كالإمامة) العظمى . قال أحمد : لا بد للناس من حاكم لئلا تذهب حقوق الناس . وقال الشيخ تقي الدين : قد أوجب النبي ﷺ تأمير الواحد في الاجتماع القليل العارض في السفر وهو تنبيه على أنواع الاجتماع ، (وإذا أجمع أهل بلد على تركه أثموا) ، قال ابن حمدان : إن لم يحتكموا في غيره ، لكن المخاطب بنصب القضاء الإمام ، كما يأتي . (وولايته) أي القضاء (رتبة دينية ونصبة شرعية وفيه فضل عظيم لمن قوى على القيام به وأداء الحق فيه) قال ابن مسروق: لأن أحكم يوماً بحق أحب إلى من أن أغزو سنة في سبيل الله . (قال الشيخ : والواجب اتخاذها) أي ولاية القضاء (ديناً وقربة ؛ فإنها من أفضل القربات) ،

---

(١) سورة ص الآية ٢٦ . (٢) سورة النساء الآية : ٦٥ .

(٣) الحديث متفق عليه من رواية عمرو بن العاص ، أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الاعتصام: باب أجر الحاكم إذا اجتهد ، وأخرجه مسلم في كتاب الأقضية : باب بيان أجر الحاكم .

و « الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى » . (وإنما فسد حال الأكثر لطلب الرياسة والمال بها . انتهى . وفيه) أي القضاء (خطر عظيم ووزر كبير لمن لم يؤد الحق فيه) ولهذا في الحديث : « مَنْ جُعِلَ قاضِياً فَقَدْ ذُبِحَ بِغيرِ سِكِّينٍ »[1] رواه الترمذي وحسنه ، أي من تصدى للقضاء وتولاه فقد تعرض للذبح فليحذره ، والذبح ههنا مجاز عن الهلاك، فإنه من أسرع أسبابه ، قاله في حاشيته . (فمن عرف الحق ولم يقض به أو قضى على جهل ففي النار ، ومن عرف الحق وقضى به ففي الجنة) لحديث : «قَاضِيانِ في النَّارِ وقاضٍ في الجنَّةِ » . (ويجب على الإمام أن ينصب في كل إقليم قاضياً) لأن الإمام هو القائم بأمر الرعية المتكلم بمصلحتهم المسؤول عنهم ، فيبعث القضاة إلى الأمصار ؛ لفعل النبي ﷺ والصحابة ؛ وللحاجة إلى ذلك لئلا يتوقف الأمر على السفر إلى الإمام فتضيع الحقوق لما في السفر إليه من المشقة وكلفه النفقة . وبعث النبي ﷺ قاضياً إلى اليمن وولى عمر شريحاً قاضياً للكوفة وكعب بن سور قضاء البصرة وغير ذلك . والإقليم بكسر الهمزة أحد الأقاليم السبعة . قال أبو منصور : وليس بعربي محض . (و) يجب على الإمام (أن يختار لذلك أفضل من يجد علماً وورعاً) لأن الإمام ينظر للمسلمين ، فيجب عليه اختيار الأصلح لهم ، فيختار أفضلهم علماً لأن القضاء بالشرع فرع من العلم به ، والأفضل أثبت وأمكن ، وكذا من ورعه أشد لسكون النفس إلى ما يحكم به أعظم . (وإن لم يعرف) الإمامُ الأفضلَ (سأل عمن يصلح)، قال تعالى : ﴿فَاسأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لا تَعلَمُونَ﴾[2] ، (فإن ذكر له) أي الإمام (من لا يعرفه أحضره وسأله) ليكون على بصيرة ولأنه ربما كان للمسؤول غرض غير المطلوب . وكانوا يمتحنون العمال بالفرائض ونحوها من الغوامض . (فإن عرف عدالته) ولاه ، (وإلا بحث عنها ، فإذا عرفها ولاه) وإلا لم يوله إلا عند الضرورة كما يأتي ، (ويأمره) الإمام (بتقوى الله وإيثار طاعته في سره وعلانيته ، و) يأمره أيضاً (بتحري العدل والاجتهاد في إقامة الحق) ؛ لأن ذلك تذكرة له بما يجب عليه فعله ، وإعانة له في إقامة الحق وتقوية لقلبه وتنبيهه على اعتناء الإمام بأمر الشرع وأهله . (ويكتب)

---

(١) الحديث من رواية أبي هريرة رضي الله عنه أخرجه أحمد في المسند ٢/ ٢٣٠ ، وأخرجه أبو داود في السنن كتاب الأقضية : باب في طلب القضاء ، الحديث (٣٥٧٢) ، وأخرجه الترمذي في السنن ٣/ ٦١٤ كتاب الأحكام : باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي ، الحديث (١٣٢٥) ، وأخرجه ابن ماجة في السنن ٢/ ٧٧٤ كتاب الأحكام : باب في ذكر القضاة ، الحديث (٢٣٠٨) واللفظ لهم جميعاً ، وأخرجه الحاكم في المستدرك ٤/ ٩١ كتاب الأحكام : باب من جعل قاضيا . . . (وقال: صحيح الإسناد) ووافقه الذهبي .

(٢) سورة النحل الآية : ٤٣ .

الإمام (له) أي القاضي (بذلك عهداً) إذا كان غائباً عنه فيكتب له بأنه ولاه ، وأنه يأمره بتقوى الله إلخ . (و) يأمره (أن يتخلف في كل صقع) بضم الصاد أي ناحية (أصلح من يقدر عليه) لهم لأن في ذلك خروجاً من الخلاف في جواز الاستخلاف وتنبيهاً على مصلحة رعية بلد القاضي وحثّاً له على اختيار الأصلح . (و) يجب على (من يصلح له) أي القضاء (إذا طلب ولم يوجد غيره من يوثق به الدخول فيه إن لم يشغله عما هو أهم منه) لأن فرض الكفاية إذا لم يوجد من يقوم به تعين عليه كغسل الميت ونحوه ، (ولا يجب عليه) أي على من يصلح للقضاء (طلبه) ولو لم يوجد غيره . لما روى أنس قال : قال رسول الله ﷺ : «مَنْ سألَ القَضَاءَ وُكِلَ إلى نَفْسِه ، ومَنْ أُجبرَ عليه نَزَلَ مَلَكٌ يُسَدِّدُهُ » [(١)] رواه الخمسة إلا النسائي ، وفي رواية أخرى : «مَنِ ابتَغَى القَضَاءَ وسألَ فِيهِ شُفَعَاءَ وُكِلَ إلى نفسِهِ ، ومَن أُكْرِهَ عليه أُنزلَ عَلَيْهِ مَلَكٌ يُسَدِّدُهُ»[(٢)] قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب . (ومن لا يحسنه) أي القضاء (ولم تجتمع فيه شروطه حُرِّم عليه الدخول فيه) لعدم صحة قضائه فيعظم الغرر والضرر ، (ومن كان من أهله) أي القضاء (ويوجد غيره مثله) في الأهلية (فله أن يليه ولا يجب عليه) الدخول فيه لأنه لم يتعين عليه ، (والأولى أن لا يجب إذا طلب) إذن لما فيه من الخطر والمشقة الشديدة ولما في تركه من السلامة . وذلك طريقة السلف ، وقد أراد عثمان تولية ابن عمر القضاء فأبى . (ويكره له طلبه) أي القضاء ، (وكذلك الإمارة) لقول النبي ﷺ لعبد الرحمن بن سمرة : « لا تسأل الإمارَةَ فإنَّكَ إنْ أعْطيتها عَنْ مَسْألة وُكلتَ إليْهَا، وإنْ أُعطيتها مِنْ غير مسألة أُعِنْتَ عليْها » [(٣)] متفق عليه . (وطريقة السلف الامتناع) طلباً للسلامة . (وإن لم يمكنه القيام بالواجب لظلم السلطان أو غيره حرم) عليه الدخول فيه (وتأكد الامتناع) من الإجابة إليه ، (ويحرم بذل المال في ذلك) أي في نصبه قاضياً ، (ويحرم أخذه) أي أخذ المال على تولية القضاء ، (و) يحرم

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في السنن كتاب الأقضية : باب في طلب القضاء (٣٥٧٨) ، وأخرجه الترمذي في السنن (٣/ ٦١٤) كتاب الأحكام : باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي ، الحديث (١٣٤٤) واللفظ له ، وأخرجه ابن ماجة في السنن ٢/ ٧٧٤ كتاب الأحكام : باب ذكر القضاة، الحديث (٢٣٠٩) .

(٢) راجع ما قبله .

(٣) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الأيمان والنذور : باب قول الله تعالى : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو فيَ أيمانكم ﴾ ، وأخرجه مسلم في كتاب الإمارة : باب النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (١١٩٧) .

(طلبه وفيه مباشر أهل له) ولو كان الطالب أهلا للقضاء لما فيه من إيذاء القائم به .
فإن لم يكن فيه مباشر أهل لم يحرم طلبه ، قال الماوردي : فإن كان أكثر قصده إزالته أثيب ، وإن كان ليختص بالنظر أبيح ، فإن ظن عدم تمكينه فالاحتمالان . (وتصح تولية مفضول مع وجود أفضل) منه ؛ لأن المفضول من الصحابة كان يولي مع وجود الفاضل مع الاشتهار والتكرار ، ولم ينكر ذلك أحد فكان إجماعاً . وتصح أيضاً تولية حريص عليها بلا كراهة . (ولا تثبت ولاية القضاء إلا بتولية الإمام أو نائبه) لأن ولاية القضاء من المصالح العامة فلم تجز إلّا من جهة الإمام كعقد الذمة ، ولأن الإمام صاحب الأمر والنهي وهو واجب الطاعة مسموع الكلمة . (ومن شروط صحتها) أي ولاية القضاء (معرفة المولِّي) بكسر اللام (كون المولَّي) بفتحها (على صفة تصلح للقضاء)؛ لأن مقصود القضاء لا يصلح إلا بذلك ؛ ولأن الأصل العدم فلا تجوز توليته مع عدم العلم بأهليته ، كما لا تجوز توليته مع عدم العلم بصلاحيته ، (و) من شرط صحتها (تعيين ما يوليه المحكم فيه من الأعمال) كمصر ونواحيها (والبلدان) كالمحلة ونحوها ليعلم محل ولايته فيحكم فيه ولا يحكم في غيره ، ولأنه عقد ولاية يشترط فيه الإيجاب والقبول ، فلا بد من معرفة المعقود عليه كالوكالة ، (و) من شرط صحتها (مشافهته بالولاية في المجلس) إن كان حاضراً ، (ومكاتبته بها) إن كان غائباً ، لأن التولية تحصل بذلك كالتوكيل وحينئذ يكتب له عهداً بما ولاه ؛ لأن النبي ﷺ كتب لعمرو بن حزم حين بعثه إلى اليمن، وكتب عمر إلى أهل الكوفة : « أمَّا بَعْدُ فَإنِّي قَدْ بَعثتُ لَكُمْ عَمَّاراً أميراً وَعَبدَ اللهِ قَاضياً » (في البعد) أي مكاتبته بها في البعد (وإشهاد عدلين على توليته ، فيقرأ) الإمام (أو نائبه عليهما العهد أو يقرأه غيره بحضرته ليمضيا معه إلى بلد توليته فيقيما له الشهادة ، ويقول) الإمام أو نائبه (لهما : اشهدا على أني قد وليته قضاء البلد الفلاني وتقدمت عليه بما يشتمل هذا العهد عليه) أي إذا كان البلد الذي ولاه فيه بعيداً لا يستفيض إليه الخبر بما يكون في بلد الإمام ، (ولا تصح الولاية بمجرد الكتابة من غير إشهاد) عدلين عليها لأن العلم لا يصح إلا بذلك ، (وإن كان البلد) الذي ولاه فيه (قريباً من بلد الإمام ليستفيض إليه ما يجرى في بلد الإمام نحو : أن يكون بينهما خمسة أيام فما دونها - جاز أن يكتفي بالاستفاضة دون الشهادة كالكتابة والإشهاد) أي كما يكتفي بالاستفاضة عن الكتابة وعن الإشهاد ؛ لأن العلم بالولاية يحصل بذلك . وأطلق الأزجي واستفاضة وظاهره مع البعد . قال في الفروع : وهو متجه . (ولا يشترط عدالة المولى بكسر اللام ولو كان نائب الإمام) ؛ لأن ولاية الإمام الكبرى تصح من كل برٍّ وفاجر ، فتصح ولايته كالعدل ، ولأنها لو اعتبرت في المولى

أفضى إلى تعذرها بالكلية فيما إذا كان غير عدل . (وألفاظ التولية الصحيحة سبعة : وليتك الحكم وقلدتك) الحكم ، (واستنبتك) في الحكم ، (واستخلفتك) في الحكم ، (ورددت إليك) الحكم ، (وفوضت إليك) الحكم ، (وجعلت إليك الحكم ، فإذا وجد أحدها) أي هذه الألفاظ السبعة (وقبل المولى الحاضر في المجلس أو) قبل (الغائب بعده) أي بعد المجلس (أو شرع الغائب في العمل - انعقدت) الولاية ؛ لأن هذه الألفاظ تدل على ولاية القضاء دلالة لا تفتقر معها إلى شيء آخر . قال في المبدع : ويصح القبول بالشروع في العمل في الأصح . انتهى ، وظاهره : أنه لا فرق بين الحاضر والغائب ، وهو واضح . (والكناية نحو : اعتمدت عليك وعولت عليك ووكلت إليك وأسندت الحكم إليك ، فلا تنعقد) الولاية بكناية منها (حتى تقترن بها قرينة نحو : فاحكم أو فتولَّ ما عولت فيه عليك وما أشبهه) لأن هذه الألفاظ تحتمل التولية وغيرها من كونه يأخذ برأيه أو غير ذلك ، فلا تنصرف إلى التولية إلا بقرينة تنفي الاحتمال .



فصل

وتفيد ولاية الحكم العامة

أي التي لم تخص بحالة دون حالة فصل الخصومات وما عطف عليه ، (ويلزم) القاضي (بها) أي بسبب الولاية العامة (فصل الخصومات واستيفاء الحق ممن هو عليه ودفعه إلى ربه) لأن المقصود من القضاء ذلك ، ولهذا قال أحمد : تذهب حقوق الناس. (والنظر في أموال اليتامى والمجانين والسفهاء) لأن ترك ذلك يؤدى إلى ضياع أموالهم ، (والحجر على من يرى الحجر عليه لسفهٍ أو فلسٍ) لأن الحجر يفتقر إلى نظر واجتهاد فلذلك كان مختصاً به ، (والنظر في الوقوف) التي (في عمله) أي ولايته (لتجري بإجرائها على شرط الواقف) لأن الضرورة تدعو إلى إجرائها على شرطه سواء كان له ناظر خاص أو لم يكن ، (وتنفيذ الوصايا) لأن الميت محتاج إلى ذلك كغيره ، (وتزويج النساء اللاتي لا ولي لهن) لقوله صلى الله عليه وسلم : « فَإِنْ اشتَجَرُوا فَالسُّلطانُ وَليُّ مَنْ لا وَليَّ لهُ » والقاضي نائبه ، (وإقامة الحدود) لأنه صلى الله عليه وسلم كان يقيمها و (الخلفاء من بعده) ، وإقامة الجمعة بالإذن في إقامتها ونصب إمامها (وكذا العيد) لأن الخلفاء كانوا يقيمونها (ما لم يخصا بإمام) من جهة السلطان أو الواقف ، ذكره ابن حمدان ، (والنظر في مال الغائب) لئلا يضيع ، (وجباية الخراج وأخذ الصدقة) أي الزكاة (إن لم يخصا بعامل) من جهة الإمام قياساً على ما

تقدم ، (والنظر في مصالح عمله بكف الأذى عن طرقات المسلمين وأفنيتهم) لأنه مرصد للمصالح، (وتصفح حال شهوده وأمنائه ليستبقى ويستبدل من يصلح) أي يستبقي من يصلح ويستبدل من ثبت جرحه كما في المقنع والمنتهى وغيرهما ، لأن العادة في القضاء ذلك فعند إطلاق الولاية تنصرف إلى ما جرت به العادة . (قال في التبصرة : ويستفيد الاحتساب على الباعة والمشترين وإلزامهم بالشرع) وفي المنتهى : لا يستفيد ذلك لأن العادة لم تثبت بتولى القضاة لذلك . (قال الشيخ : ما يستفيده بالولاية لا حد له شرعاً بل يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف) ؛ لأن كل ما لم يحد شرعاً يحل على العرف كالحرز والقبض . (ولا يحكم) القاضي في غير محله ، (ولا يسمع بينة في غير عمله، وهو) في الأصل ما يجمع بلداناً أو قرى متفرقة ، كالعراق ونواحيه ، والمراد هنا (محل حكمه) الذي ولي ليحكم فيه سواء كان يجمع بلداناً أو قرى متفرقة أو بلداً معيناً أو محلاً معيناً من البلد كما أوضحته في الحاشية ، (فإن فعل) أي حكم أو ولى أو سمع بينة في غير عمله (ألغي) ذلك لأنه لم يصادف ولاية ، (وتجب إعادة الشهادة كتعديلها) في محل الحكم لأنه موضع نفوذ حكمه ، (وله) أي القاضي (طلب الرزق من بيت المال لنفسه وأمنائه وخلفائه) لأن عمر رزق شريحاً في كل شهر مائة درهم ، ورزق ابن مسعود نصف شاة كل يوم ، وإذا جاز له الطلب جاز لمن هو في معناه ، (مع الحاجة وعدمها) لأن أبا بكر لما ولي الخلافة فرضوا له كل يوم درهمين ، وفرض عمر لزيد وغيره ، وأمر بفرض الرزق لمن تولى القضاء ولأنه لو لم يجز فرض الرزق لتعطلت وضاعت الحقوق ، (فإن لم يجعل له) أي القاضي (شيء وليس له ما يكفيه . وقال للخصمين : لا أقضي بينكما إلا بجعل - جاز) في الأصح ، قاله في المغنى والشرح ، (ولا يجوز الاستئجار على القضاء) لأنه يختص أن يكون فاعله من أهل القربة ولا يعمله إنسان عن غيره ، وإنما يقع عن نفسه ، (وللمفتى أخذ الرزق من بيت المال) لأن الإفتاء من المصالح العامة كالأذان ، (ولو تعين عليه أن يفتى ولا كفاية لم يأخذ) من المستفتى لأنه اعتياض عن واجب عليه ، ولا يجوز ، (ومن أخذ رزقاً) من بيت المال (لم يأخذ) من المستفتى أجرة لفتياه ولا لحظه لاستغنائه بالرزق ، (وإلا) أي وإن لم يأخذ رزقاً (أخذ أجرة حظه) فقط ، (و) يجب (على الإمام أن يفرض من بيت المال لمن نصب نفسه لتدريس العلم والفتوى في الأحكام ما يغنيه عن التكسب) لدعاء الحاجة إلى القيام بذلك والانقطاع له ، وهو في معنى الإمامة والقضاء .



فصل

ويجوز إن يوليه الإمام عموم النظر

(في عموم العمل بأن يوليه القضاء) في سائر الأحكام (في كل البلدان ، و) يجوز (أن يوليه) الإمام (خاصاً في أحدهما) أي القضاء والعمل ، (أو) أن يوليه خاصاً (فيهما) أي في القضاء والعمل ، (فيوليه النظر في بلد) خاص (أو محلة خاصة فينفذ قضاؤه في أهله ومن طرأ إليه) لأن الطارىء إليه يعطى حكم أهله بدليل أن الدماء الواجبة لأهل مكة يجوز تفريقها في الطارىء إليها كأهلها ، (ولكن لو أذنت له في تزويجها) من الأولى لها وهي في عمله (فلم يزوجها حتى خرجت من عمله - لم يصح تزويجه) لها ما دامت خارجة عن عمله لأنها حالة التزويج لم تكن في عمله فلم يكن له عليها ولاية ، (كما لو أذنت له في غير عمله) أن يزوجها ولا يصح ، (ولو دخلت بعد) ذلك (إلى عمله) لأن إذنها له في غير عمله لا عبرة به لعدم ولايته عليها في غير عمله ، فلم يصح تزويجه لها كما لو لم تدخل إلى عمله ، (فإن قالت) للقاضي في غير عمله (إذا حصلت في عملك فقد أذنت لك) أن تزوجني ، (فزوجها) بعد حصولها (في عمله - صح) تزويجه لها (بناء على جواز تعليق الوكالة بالشرط) ، والإذن في معنى الوكالة وليس وكالة كما تقدم في النكاح لأنها لا تملك عزله . (أو يجعل) الإمام أو نائبه (إليه) أي القاضي (الحكم في المداينات خاصة أو) الحكم (في قدر من المال لا يتجاوز أن يفوض إليه عقود الأنكحة دون غيرها) في بلد خاص أو جميع البلدان لأن الخيرة من التولية إلى الإمام ، فكذا في صفتها ، وله الاستنابة في الكل فكذا في البعض . وقد صح أن النبي ﷺ كان يستنيب أصحابه كلا في شيء ، فولى عمر القضاء وبعث علياً قاضياً باليمن ، وكان يرسل بعضهم لقبض الزكاة وغيرها ، وكذا الخلفاء من بعده . (ويجوز أن يولى) الإمام قاضياً (من غير مذهبه) لأن على القاضي أن يجتهد رأيه في قضائه (وإن نهاه عن الحكم في مسألة فله الحكم بها) هذا أحد وجهين أطلقهما في الرعاية ، قال في الإنصاف قلت : الصواب الجواز . انتهى * قلت : فيفرق بين ما إذا ولاه ابتداء شيئاً خاصاً وبين ما إذا ولاه ثم نهاه عن شيء . (ويجوز أن يولى) من له الولاية (قاضيين فأكثر ولو في بلد واحد يجعل لكل واحد منهما عملاً سواء كان المولى الإمام أو القاضي) ولي (خلفاءه مثل أن يجعل إلى أحدهما الحكم بين الناس ، و) يجعل (إلى الآخر عقود الأنكحة) لأن الإمام كامل الولاية فوجب أن يملك ذلك إذ لا ضرر فيه كتولية القاضي الواحد ، (فإن جعل إليهما) أي القاضيين (عملاً واحداً جاز) له ذلك ، (فيحكم كل واحد باجتهاده) لأنها نيابة فجاز جعلها لاثنين كالوكالة ؛ ولأنه يجوز للقاضي أن يستخلف خليفتين في موضع واحد ، فالإمام أولى ،

(وليس) للقاضي (الآخر الاعتراض عليه) أي على رفيقه (ولا نقض حكمه) كما لو كانا وكل واحد منهما بعمل خاص . (فإن تنازع خصمان في الحكم عند أحدها قدم قول الطالب) وهو المدعي على المدعى عليه (ولو كان الطالب) يريد الدعوى (عند نائب) لأن الحق له في تعيين القاضي ، (فلو تساويا) أي الخصمان (في الدعوى كالمدعيين اختلفا في ثمن مبيع باق - اعتبر أقرب الحاكمين إليهما) لأنه لا حاجة إلى التكلف للأبعد منهما ، (فإن استويا) أي الحاكمان في القرب (أقرع بينهما) أي بين الخصمين إذا طلب كل واحد منهما قاضياً لعدم الترجيح بدون القرعة . (ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه) لقوله تعالى : ﴿ فَاحكُمْ بَينَ النَّاسِ بِالحَقِّ﴾[1] ، والحق لا يتعين في مذهب ، وقد يظهر الحق في غير ذلك المذهب ، (فإن فعل) أي ولاه على أن يحكم بمذهب بعينه (بطل الشرط) وصحت الولاية كالشروط الفاسدة في البيع (وعمل الناس على خلافه ، كما يأتي قريباً ، قال الشيخ : من أوجب تقليد إمام بعينه استتيب ، فإن تاب ، وإلا قتل ، وإن قال : ينبغي) أي تقليد إمام بعينه (كان جاهلاً ضالاً ، قال : ومن كان متبعاً للإمام فخالفه في بعض المسائل لقوة الدليل أو يكون أحدهما أعلم أو أتقى فقد أحسن ولم يقدح في عدالته) بلا نزاع ، (قال : وفي هذه الحال) أي حال قوة الدليل أو كون أحدهما أعلم أو أتقى (يجوز) تقليد من اتصف بذلك (عند أئمة الإسلام بل يجب ، وإن) الإمام (أحمد نص عليه) انتهى . (ويجوز أن يفوض الإمام إلى إنسان تولية القضاء) أي أن يولي القضاة ، (وليس له) أي لمن ولاه الإمام تولية القضاء (أن يولى نفسه ولا والده ولا ولده كما لو وكله في الصدقة بمال لم يجز له أخذه ولا دفعه إلى هذين) كما تقدم في الوكالة ، (فإن مات المولِّي بكسر اللام أو عزل المولَّى بفتحها) أي اللام (مع صلاحيته - لم تبطل ولايته كما لو عزل الإمام ؛ لأنه) أي القاضي (نائب المسلمين لا نائبه) فلا ينعزل بموته ولا عزله ولأنه عقد لمصلحة المسلمين كما لو عقد الولي النكاح على موليته ثم مات أو فسخه ، (وكذا كل عقد لمصلحة المسلمين كوالٍ ، ومن ينصبه) الإمام (لجباية مال) كخراج زكاة (وصرفه ، وأمير جهاد ، و وكيل بيت المال ، ومحتسب ، قاله الشيخ) قال في المبدع : وهو ظاهر كلام غيره ، وجزم به في المنتهى ، (وقال) الشيخ : (الكل لا ينعزل بانعزال المستنيب وموته حتى يقوم غيره مقامه . انتهى) لأن فيه ضرراً . (ولا يبطل ما فرضه فارض في المستقبل) أي لو قدر القاضي نفقة أو كسوة أو نحوهما ثم مات أو عزل ، لم يبطل فرضه في المستقبل بموته ولا بعزله . ولا يجوز لأحد تغييره ما لم

---

(١) سورة ص : الآية ٢٦ .

يتغير السبب ، لأن فرضه حكم وأحكامه لا تبطل بالموت ولا بالعزل ، (ولا ينعزل) القاضي (حيث صح عزله قبل علمه بالعزل ، فليس كوكيل) لأن الحق في الولاية لله ، وإن قلنا : هو وكيل ، والنسخ في حقوق الله لا يثبت قبل العلم كما قلنا على المشهور إن نسخ الحكم لا يثبت في حق من لم يبلغه ، وفرقوا بينه وبين الوكيل بأن أكثر ما في الوكيل بثبوت الضمان وذلك لا ينافي الجهل . بخلاف الحكم فإن فيه الإثم ، وذلك ينافي الجهل ، كذلك الأمر والنهي ، وهذا هو المنصوص عن الإمام أحمد ، قاله في الاختيارات . (فإن كان المستنيب قاضياً فعزل نوابه أو زالت ولايته بموت أو عزل أو غيره كما لو اختل فيه بعض شروطه - انعزلوا) لأنهم نوابه أشبهوا الوكيل ، وهذا بخلاف من ولاه الإمام قاضياً فإنه يتعلق به قضايا الناس وأحكامهم عنده وعند نوابه بالبلدان ، فيشق ذلك على المسلمين . قلت : وعلى هذا فنواب الأمير كالوالي والمحتسب ونحوهما ممن ولايته منه - ينعزلون بعزله . (ومن عزل نفسه انعزل) قاضياً كان أو غيره وسواء كانت ولايته من الإمام أو غيره لأنه وكيل ، (ولو أخبر بموت قاضي بلد فولى غيره) وكان (فبان) المخبر عنه (حياً - لم ينعزل) لأنها كالمعلقة على صحة الأخبار ، وكذا كل ما رتب على أنها فاسدة ، (ويستحب) للإمام (أن يجعل للقاضي أن يستخلف) خروجاً من خلاف من منعه بلا إذن ، (وإن نهاه أي نهى الإمام القاضي (عن الاستخلاف - لم يكن له أن يستخلف) غيره لأن ولايته قاصرة ، (وإن أطلق) الإمام فلم يأمره بالاستخلاف ولم ينهه عنه (فله) أي القاضي (ذلك) ، قال في الاختيارات : نص الإمام على أن للقاضي أن يستخلف من غير إذن الإمام فرقاً بينه وبين الوكيل وجَعْلا له كالوصي . انتهى . وجزم به في المستوعب ، وقدمه في الشرح ، وقيل : له ذلك فيما لا يباشره مثله عرفاً أو يشق ، وهذا الثاني جزم به المصنف في الوكالة تبعاً للتنقيح، وقال عنه هناك في الإنصاف : إنه المذهب ، وقد نقلنا كلامه في الحاشية . فإن استخلف في موضع ليس له الاستخلاف فحكمه حكم من لو يُوَلَّ . ويشترط أهلية النائب لما نواه، (ويصح) تعليق (تولية قضاء و) تولية (إمارة) بلد أو سرية ونحوها (بشرط) لأن النبي ﷺ علق ولاية الإمارة بعد زيد على شرط ، فكذا ولاية الحكم ، (فإذا قال المولِّي: من نظر في الحكم في البلد الفلاني من فلان وفلان فهو خليفتي ، أو نفذ ولايته ، لم تنعقد لمن ينظر) منهما (لجهالة المولَّى منهما) لأنه لم يعين بالولاية واحداً منهما كما لو قال : بعتك أحد الثوبين . (وإن قال) الإمام (وليت فلاناً وفلاناً فمن نظر منهما فهو خليفتي - انعقدت لمن سبق منهما النظر) لأنه ولاهما جميعاً ثم عين السابق منهما .



« فصل فيما يشترط في القاضي »[1]

ويشترط في القاضي عشر صفات : أن يكون بالغاً عاقلا ؛ لأن غيرهما لا ينفذ قوله في نفسه ، فلئلا ينعقد في غيره أولى ، وهما يستحقان الحجر عليهما والقاضي يستحقه على غيره ، وبين الحالتين منافاة ، (ذكراً) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمْ امْرَأَةً »[2] ، ولأن المرأة ناقصة العقل قليلة الرأي ليست أهلاً لحضور محافل الرجال ، (حراً) لأن العبد منقوص برقه مشغول بحقوق سيده ، وكالإمامة العظمى ، (لكن تصح ولاية عبد إمارة سرية وقسم صدقة و) قسم (فيء وإمامة صلاة) غير جمعة وعيد ، (وأن يكون مسلماً) لأن الكفر يقتضي إذلال صاحبه ، والقضاء يقتضي احترامه، وبينهما منافاة ، ولأنه يشترط في الشهادة فهنا أولى ، (عدلاً ولو تائباً من قذف) نص عليه ، (فلا تجوز تولية فاسق ولا من فيه نقص يمنع) قبول (الشهادة) لقوله تعالى : ﴿ إنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾[3] . ولا يجوز أن يكون الحاكم ممن لا يقبل قوله ويجب التبيين عند حكمه ، وكالشهادة ، (وأن يكون سميعاً) لأن الأصم لا يسمع كلام الخصمين ، (بصيراً) لأن الأعمى لا يميز المدعي من المدعى عليه والمقر من المقر له، (ناطقاً) لأن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس إشارته ، (مجتهداً) إجماعاً ذكره ابن حزم . ولأنهم أجمعوا على أنه لا يحل لحاكم ولا لمفتٍ تقليد رجل لا يحكم ولا يفتى إلا بقوله ؛ لأن فاقد الاجتهاد إنما يحكم بالتقليد ، والقاضي مأمور بالحكم بما أنزل الله . ولأنَّ المفتي لا يجوز أن يكون عامياً مقلداً فالحاكم أولى ، (ولو) كان اجتهاده (في مذهب إمامه) إذا لم يوجد غيره (لضرورة) ، لكن في الإفصاح إن الإجماع انعقد على تقليد كل من المذاهب الأربعة ، وأن الحق لا يخرج عنهم ، ثم ذكر أن الصحيح في هذه المسألة أن قول من قال : إنه لا يجوز تولية مجتهد، فإنه إنما عنى به ما كانت الحال عليه قبل استقرار ما استقرت عليه هذه المذاهب . وقال الموفق في خطبه المفتي : النسبة إلى إمام - في الفروع - كالأئمة الأربعة ليست بمذمومة ، فإن اختلافهم رحمة واتفاقهم حجة قاطعة ، (واختار في الإفصاح والرعاية : أو مقلداً) قال في الإنصاف : (وعليه عمل الناس من مدة طويلة ، وإلا تعطلت أحكام الناس ، وكذا المفتي) قال ابن يسار : ما أعيب من يحفظ خمس مسائل لأحمد يفتى بها ، وظاهر نقل عبد الله : مفتٍ غير مجتهد ، ذكره القاضي وحمله الشيخ تقي الدين على

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس موجوداً فى أى من النسخ .

(٢) الحديث أخرجه البخاري في الصحيح كتاب المغازي باب كتاب النبي ﷺ إلى كسرى .

(٣) سورة الحجرات الآية : ٦٠ .

الحاجة ، (فيراعي كل منهما ألفاظ إمامه ، و) يراعى من أقواله (متأخراً ويقلد كبار مذهب في ذلك ويحكم به ولو اعتقد خلافه لأنه مقلد) ولا يخرج عن الظاهر عنه . (قال الشيخ : منصب الاجتهاد ينقسم) أي يقبل الانقسام بأن يكون مجتهداً في شيء دون شيء (حتى لو ولاه في المواريث لم يجب أن يعرف إلا الفرائض والقضايا وما يتعلق بذلك ، وإن ولاه عقود الأنكحة وفسخها لم يجب أن يعرف إلا ذلك ، وعلى هذا فقضاة الأطراف يجوز ألا يقضوا في الأمور الكبار كالدماء والقضايا المشكلة ، وعلي هذا لو قال : اقض فيما نعلم ، كما يقول له : فيما تعلم - جاز ، ويبقى ما لا يعلم خارجاً عن ولايته . انتهى ، ومثله : لا تقضي فيما مضى له عشر سنين ونحوه) لخصوص ولايته . (ويحرم الحكم والفتيا بالهوى إجماعاً ، وليحذر المفتي أن يميل في فتياه مع المستفتي أو مع خصمه مثل أن يكتب في جوابه ما هو له) فقط (أو يكتب عما هو عليه) فقط (ونحو ذلك) بل يكتب ماله وما عليه لأنه العدل وأداء الأمانة فيما علمه الله ، (وليس له أن يبتدىء في مسائل الدعاوى والبيانات بذكر وجوه المخالص منها) لأن ذلك ميل مع أحدهما (وإن سأله : بأي شيء تندفع دعوى كذا وكذا وبينة كذا وكذا ؟ لم يجب ؛ لئلا يتوصل) السائل (بذلك إلى إبطال حق ، وله أن يسأله عن حاله فيما ادعى عليه ، فإذا شرحه) المستفتي (له) أي للمفتي - (عرفه بما فيه من دافع وغير دافع) ليكون على بصيرة ، (ويحرم الحكم والفتيا بقول أو وجه من غير نظر في الترجيح إجماعاً ، ويجب أن يعمل بموجب اعتقاده فيما له وعليه إجماعاً . قال الشيخ : ولا يشترط كون القاضي كاتباً) ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم كان أمياً ، وليس من ضرورة الحكم كونه كاتباً (أو) أي ولا يشترط أيضاً كونه (ورعاً أو زاهداً أو يقظاً أو مثبتاً للقياس أو حسن الخلق ، والأولى كونه كذلك) أي كاتباً ورعاً زاهداً يقظاً مثبتاً للقياس حسن الخلق لأنه أكمل . (قال الشيخ : الولاية لها ركنان : القوة والأمانة ، فالقوة في الحكم ترجع إلى العلم بالعدل وتنفيذ الحكم ، والأمانة ترجع إلى خشية الله) تعالى ، (قال : وشروط القضاء تعتبر حسب الإمكان ، ويجب تولية الأمثل فالأمثل ، قال : وعلى هذا يدل كلام) الإمام (أحمد وغيره ، فيولى للعدم أنفع الفاسقين وأقلهما شراً وأعدل المقلدين وأعرفهما بالتقليد ، وهو كما قال) وإلا تعطلت الأحكام واختل النظام ، (والشاب المتصف بالصفات المعتبرة كغيره ، لكن الأسن أولى مع التساوي) في الصفات المعتبرة ، وولى النبي ﷺ عتاب بن أسيد مكة وهو ابن إحدى وعشرين سنة . (ويرجح أيضاً بحسن الخلق) وتقدم ، (و) يرجح (من كان أكمل في الصفات) السابق ذكرها لترجحه بكماله ، (و) يجوز أن (يُولَّى المولَى) أي المعتق (مع أهليته) لأنه صار حراً أشبه حر الأصل ، (وما يمنع التولية ابتداء يمنعها دواماً إذا طرأ ذلك عليه لفسق أو زوال عقل) فينعزل بذلك . لأن وجود العقل والعدالة ونحوها شرط في صحة

الولاية فتبطل بزواله لفقد شرطها ، (إلا فقد السمع والبصر فيما ثبت عنده) أي القاضي (في حال سمعه وبصره فلم يحكم به حتى عمى أو طرش ، فإن ولاية حكمه باقيه فيه)؛ لأنه إنما منع الأعمى والأصم ابتداء ؛ لأن الأعمى لا يميز بين المدعي والمدعى عليه كما سبق والأصم لا يعرف ما يقال فلا يمكنه الحكم . فإذا كان قد عرفها قبل العمى وسمع منهما قبل الصمم وثبت عنده المحكوم عليه من الخصم واللفظ ، لم يمنع العمى والصمم الحكم، لأن فقدهما ليس من مقدمات الاجتهاد ، فيصح الحكم منه مستنداً إلى حال السمع والبصر، بخلاف غيرهما من الفسق والجنون والردة ونحوها ، (ولو مرض مرضاً يمنع القضاء تعين عزله) قدمه في الفروع ، (وقال الموفق والشارح : ينعزل بذلك ويتعين على الإمام عزله . انتهى) أي منعه إقامة غيره . (والمجتهد) مأخوذ من الاجتهاد وهو استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي : (من يعرف من كتاب الله) تعالى (وسنة رسوله ﷺ : الحقيقة) أي اللفظ المستعمل في وضع أول ، (والمجاز) أي اللفظ المستعمل في غير وضع أول . زاد بعضهم : على وجه يصح ، (والأمر) أي القول المقتضي طاعة المأمور بفعل المأمور به ، (والنهى) أي اقتضاء الكف عن فعل لا بقول كف ، (والمجمل) أي ما لا يفهم منه عند الإطلاق شيء ، (والمبين) أي المخرج من حيز الإشكال إلى حيز التجلي والوضوح ، (والمحكم) أي اللفظ المتضح المعنى ، (والمتشابه) مقابله إما لاشتراك أو لظهور تشبيه ، (والخاص) المقصور من العام على بعض مسمياته، (والعام) ما دل على مسميات باعتبار اشتركت فيه مطلقاً ، (والمطلق) ما دل على شائع في جنسه (والمقيد) ما دل على شيء معين ، (والناسخ) أي الرافع لحكم شرعي ، (والمنسوخ) ما ارتفع شرعاً بعد ثبوته شرعاً ، (والمستثنى) أي المخرج بإلا أو ما في معناها ، (والمستثنى) منه هو العام المخصوص بإخراج بعض ما دل عليه بإلا أو ما في معناها ، (ويعرف من السنة صحيحها) وهو ما نقله العدل الضابط عن مثله من غير شذوذ ولا علة (من سقيمها) وهو ما لم يوجد فيه شروط الصحة كالضعيف والمنقطع والمنكسر والشاذ وغيرها ، (ومتواترها) هو الخبر الذي نقله جمع لا يتصور تواطؤه على الكذب مشوباً في ذلك طرفاه ووسطه ، والحق أنه لا ينحصر في عدد بل يستدل بحصول العلم على حصول العقل ، والعلم الحاصل عنه ضروري في الأصح (من آحادها) وهو ما عدا المتواتر . وليس المراد به أن يكون رواية واحد بل كل ما لم يبلغ التواتر فهو آحاد، (ومرسلها) وهو قول غير الصحابي : قال رسول الله ﷺ، (ومتصلها) أي ما اتصل إسناده وكان كل واحد من رواته سمعه ممن فوقه سواء كان مرفوعاً أو موقوفاً ، (ومسندها) ما اتصل إسناده من راويه إلى منتهاه ، وأكثر استعماله فيما جاء عن النبي ﷺ ،

(ومنقطعها) أي ما اتصل إسناده على أي وجه كان الانقطاع (مما له تعلق بالأحكام خاصة)، وظاهره أنه لا يجب عليه حفظ القرآن ، وإنما يتعين عليه حفظ خمسمائة آية كالمتعلقة بالأحكام كما نقلها المعظم . لأن المجتهد هو من يعرف الصواب بدليله كالمجتهد في القبلة ، ولكل مما ذكرنا دلالة لا يمكن معرفتها إلا بمعرفته ، فوجب معرفة ذلك لتعرف دلالته ، وتوقف الاجتهاد على معرفة ذلك ، (ويعرف ما اجتمع عليه مما اختلف فيه) لئلا يؤديه اجتهاده إلى قول يخرج عن الإجماع وعن أقوال السلف ، (و) يعرف (القياس) وهو رد فرع إلى أصل ، (و) يعرف (حدوده) أي القياس على ما ذكر في أصول الفقه (وشروطه) ، وبعضها يرجع إلى الأصل وبعضها إلى الفرع ، وبعضها إلى العلة ، (وكيفية استنباطه) على الكيفية المذكورة في محالِّها ، (و) يعرف (العربية) أي اللغة العربية من حيث اختصاصها بأحوال هي الإعراب لا توجد في غيرها من اللغات (المتداولة بالحجاز والشام والعراق وما يواليهم) ليعرف به استنباط الأحكام من أصناف علوم الكتاب والسنة . (وكل ذلك مذكور في أصول الفقه وفروعه ، فمن عرف ذلك أو أكثره ورزق فهمه صلح للفتيا والقضاء) لأن العالم بذلك يتمكن من التصرف في العلوم الشرعية ووضعها في مواضعها . قال أبو محمد الجوزي : من حصل أصول الفقه وفروعه فمجتهد ولا يقلد أحداً .



★ ★ ★

فصل

في أحكام تتعلق بالفتيا

(كان السلف) رحمهم الله تعالى (يأبون الفتيا ويشددون فيها ويتدافعونها) ، قال النووي : روينا عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال : « أَدْرَكْتُ عِشْرِينَ وَمِائَةً مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللهِ ﷺ يُسْأَلُ أَحَدُهُمْ عَنِ المسْأَلَةِ فَيَرُدُّهَا هَذَا إلى هَذَا وَهَذَا إلى هَذَا حتى تَرْجِعَ إلى الأَوَّلِ » ؛ وفي رواية « مَا مِنْهُمْ من يُحَدِّثُ بِحَدِيثٍ إلا وَدَّ أَنَّ أَخَاهُ كَفَاهُ إِيَّاهُ ، وَلاَ يُسْتَفْتَى عَنْ شَيْءٍ إلا وَدَّ أَنَّ أَخَاهُ كَفَاهُ الفُتْيَا » . (وأنكر) الإمام (أحمد وغيره على من يهجم على الجواب) ؛ لخبر : « أَجْرَؤُكُمْ عَلَى الفُتْيَا أَجْرَؤُكُمْ عَلَى النَّارِ » [1] . (وقال) أحمد : (لا ينبغي أن يجيب في كل ما يستفتى فيه . وقال : إذا هاب الرجل شيئاً لا ينبغي أن يحمل على أن يقول . وقال : لا ينبغي للرجل أن يعرض نفسه للفتيا حتى يكون فيه خمس خصال : إحداها : أن تكون له نية) ،أي أن يخلص في ذلك لله

---

(١) الخبر لم أقف عليه .

تعالى ولا يقصد رياسة ولا نحوها) ، فإن لم يكن ، له نية - لم يكن عليه نور ولا على كلامه نور) إذ الأعمال بالنيات ولكل امرىء ما نوى .

(الثانية : أن يكون له حلم ووقار وسكينة) وإلا لم يتمكن من فعل ما تصدى له من بيان الأحكام الشرعية .

(الثالثة : أن يكون قوياً على ما هو فيه وعلى معرفته) وإلا فقد عرض نفسه لعظيم.

(الرابعة : الكفاية ، وإلا أبغضه الناس فإنه إذا لم تكن له كفاية احتاج إلى الناس وإلى الأخذ مما في) أيديهم فيتضررون منه .

(الخامسة : معرفة الناس أي ينبغي له) أي للمفتي (أن يكون بصيراً بمكر الناس وخداعهم ، ولا ينبغي له أن يحسن الظن بهم بل يكون حذراً فطناً مما يصورونه في سؤالاتهم) لئلا يوقعوه في المكروه ، ويؤيده حديث : « احْتَرِسُوا مِن النَّاسِ بِسُوءِ الظَّنِ، وَاخْبَرْ أَخَاكَ البَكْرِى وَلَا تَأمَنْهُ »[1] . والمفتى من يبين الحكم الشرعي ويخبر به من غير إلزام ، (والحاكم يبينه) أي الحكم الشرعي (ويلزم به) فامتاز بالإلزام . قال الخطيب: وينبغي للإمام أن يتصفح أحوال المفتين ، فمن صلح للفتيا أقره ومن لايصلح منعه ونهاه أن يعود وتواعده بالعقوبة إن عاد ، وطريق الإمام إلى معرفة من يصلح للفتوى أن يسأل علماء وقته ويعتمد أخبار الموثوق بهم ، ثم روى بإسناده عن مالك قال : ما أفتيت حتى شهد لي سبعون أني أهل لذلك . وفي رواية : ما أفتيت حتى سألت من هو أعلم مني: هل تراني موضعاً لذلك ؟ قال مالك : ولا ينبغي لرجل أن يرى نفسه أهلاً لشيء حتى يسأل من هو أعلم منه . (ويحرم أن يفتى في حال لا يجوز أن يحكم فيها كغضب ونحوه) كحر (مفرط وبرد مفرط وملل ونحوه مما يغير) الفكر ، (فإن أفتى) في ذلك الحال (وأصاب) الحق (صَحَّ) جوابه (وكره ، وتصح فتوى العبد والمرأة والأمى والأخرس المفهوم الإشارة أو الكتابة) ، كخبرهم ، (وتصح) الفتيا (مع أحد الشفع ودفع الضرر من العدو ، وأن يفتى أباه وأمه وشريكه و) سائر (من لا تقبل شهادته له) كزوجته ومكاتبته ؛ لأن القصد بيان الحكم الشرعي ، وهو لا يختلف وليس منه إلزام بخلاف الحاكم ، (ولا تصح) الفتيا (من فاسق لغيره وإن كان مجتهداً) لأنه ليس

---

(١) الحديث ذكره السخاوي في المقاصد الحسنة برقم ٣٢ وقال : أخرجه أحمد في الزهد والبيهقي في السنن وغيرها ، كلاهما من قول مطرف بن عبد الله بن الشخير أحد التابعين ، وزاد البيهقي أنه يروى عن أنس مرفوعاً ، وهو كذلك عند الطبراني في الأوسط والعسكرى في الأمثال من وجهين عن بقية عن معاوية بن يحيى عن سليمان بن مسلم عن أنس ، وقال أولهما إنه لا يروى عن أنس بهذا الإسناد ، تفرد به بقية . هذا وقد أخرجه تمام في فوائده من حديث إبراهيم بن طهمان عن أبان عن أبى عياش عن أنس مرفوعاً أيضاً ، راجع : المقاصد ص ٢٣ ، ٢٤ طبع الخانجي بتحقيق عبد الله الصديق وعبد الوهاب عبد اللطيف .

بأمين على ما يقول ، وفي أعلام الموقعين : قلت : الصواب جواز استفتاء الفاسق إلا أن يكون معلناً بفسقه داعياً إلى بدعته ، (لكن يفتى) المجتهد الفاسق (نفسه) لأنه لا يتهم بالنسبة إلى نفسه ، (ولا يسأله) أي الفاسق (غيره) لعدم حصول المقصود والوثوق به ، (ولا تصح) الفتيا (من مستور الحال ، وفي المبدع : تصح فتيا مستور) الحال في الأصح ، (والحاكم كغيره في الفتيا) فيما يتعلق بالقضاء وغيره . (ويحرم تساهل مُفْتٍ) في الفتيا (وتقليد معروف به) أي بالتساهل في الفتيا ، (قال الشيخ : لا يجوز استفتاء إلى من يفتى بعلم أو عدل . انتهى) لأن أمر الفتيا خطر فينبغي أن يحتاط ، (وليس لمن انتسب إلى مذهب إمام) إذا استفتى (في مسألة ذات قولين أو وجهين أن يتخير ويعمل بأيهما شاء) بل يراعى ألفاظ الأئمة ومتأخرهما وأقربهما من الكتاب والسنة ، (وتقدم في الباب ، ويلزم المفتى تكرير النظر عند تكرار الواقعة) كالمجتهد في القبلة يجتهد لكل صلاة ، وأما العامي إذا وقعت مسألة فسأل عنها ثم وقعت له ثانياً . فلم أر لأصحابنا فيها شيئاً ، وقال القاضي أبو الطيب الشافعي : يلزمه السؤال الأول ثانياً إلا أن تكون مسألة يكثر وقوعها ويشق عليه إعادة السؤال عنها ، فلا يلزمه ذلك ، ويكفيه السؤال الأول للمشقة ، نقله عنه النووى في شرح المهذب ، وقال في موضع آخر : لا يلزمه في الأصح ؛ لأنه قد عرف الحكم الأول ، والأصل استمرار المفتي عليه . انتهى . وهذا ظاهر كلام أصحابنا . (وإن حدث ما لا قول فيه) للعلماء (تكلم فيه حاكم ومجتهد ومفت) فيرده إلى الأصل والقواعد ، (وينبغي له) أي للمفتي (أن يشاور من عنده ممن يثق بعلمه إلا أن يكون في ذلك إفشاء سر السائل أو تعريضه للأذى أو) يكون فيه (مفسدة لبعض الحاضرين) فيخفيه إزالةً لذلك ، (وحقيق به) أي المفتي (أن يكثر الدعاء بالحديث الصحيح : « اللَّهُمَّ رَبَّ جبريلَ وميكائيل وإسْرَافيلَ فَاطِرَ السَّموات وَالأرْضِ عَالِمَ الغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ ، أَنْتَ تَحكُمُ بَيْنَ عبادكَ فيمَا كَانُوا فيه يَخْتَلِفُونَ اهْدِني لِمَا اخْتُلِفَ فيه مِنَ الحَقِّ بإذْنكَ ، إنَّكَ تَهْدِي مَنْ تَشَاءُ إلى صِرَاطٍ مُسْتَقِيم » . ويقول إذا أشكل عليه شيء : يا معلم إبراهيم علمني) للخبر . (وفي آداب المفتي : ليس له أن يفتي في شيء من مسائل الكلام مفصلاً ، بل يمنع السائل وسائر العامة من الخوض في ذلك أصلا) قال في المبدع : ولا تجوز الفتوى في علم الكلام ، بل نهى السائل عنه والعامة أولى ، ويأمر الكل بالإيمان المجمل وما يليق بالله تعالى ، ولا يجوز التقليد فيما يطلب به الجزم ، ولا إثباته بدليل ظني ، ولا الاجتهاد فيه ، ويجوز فيما يطلب فيه الظن، وإثباته بدليل ظني ، والاجتهاد فيه . (وله) أي المفتي (تخيير من استفتاه بين قوله وقول مخالفه) لأن المستفتي يجوز له أن يتخير وإن لم يخيره ، وقد سئل أحمد عن مسألة في الطلاق ، فقال : إن فعل حنث . فقال السائل : إن أفتاني إنسان لا أحنث ؟

قال : تعرف حلقة المدنيين ؟ قال : فإن أفتوني حل ؟ قال : نعم . (ولا يلزم جواب ما لم يقع) ؛ لخبر أحمد عن ابن عمر : « لا تسألوا عما لم يكن فإن عمر نهى ذلك » ، (لكن يستحب إجابته) أي السائل عما لم يقع لئلا يدخل في خبر : « مَنْ كَتَمَ عِلْماً سُئِلَهُ- الحديث » ، (ولا) يلزم (جواب ما لا يحتمله السائل) قال البخاري: قال علي « حَدِّثُوا النّاسَ بِمَا يَعْرِفُونَ . أَتُرِيدُونَ أَنْ يُكَذَّبَ اللهُ وَرَسُولُهُ ؟ » . وفي مقدمة مسلم عن ابن مسعود « ما أَنْتَ بِمُحَدِّثٍ قَوْماً حَدِيثاً لا تَبْلُغُهُ عُقُولُهُمْ إلا كَانَ فِتْنَةً لِبَعْضِهِمْ » . (ولا) يلزم جواب (ما لا يقع فيه) ؛ لخبر أحمد عن ابن عباس أنه قال عن الصحابة : « مَا كَانُوا يَسْأَلُونَ إلا عَمَّا يَنْفَعُهُمْ » . وسئل أحمد عن يأجوج ومأجوج أمسلمون هم ؟ فقال للسائل : أحكمت العلم حتى تسأل عن ذا ؟ وسئل عن مسألة في اللعان فقال: سل رحمك الله عما ابتليت به . (وإن جعل له) أي للمفتي (أهل بلد رزقاً ليتفرغ لهم - جاز) له أخذه والأرزاق معروف غير لازم لجهة معينة . قال القرافي : ولا يورث بخلاف الأجرة . قال : وباب الأرزاق أدخل في باب الإحسان وأبعد عن باب المعاوضة ، وباب الإجارة أبعد عن باب المسامحة وأدخل في باب المكاسبة . (وله) أي المفتى (قبول هدية، والمراد لا ليفتيه بما يريده مما لا يفتى به غيره) أي غير المهدى ، (وإلا) أي وإن أخذها ليفتيه بما يريده مما لا يفتى به غيره (حُرِّمت) عليه الهدية . (ومن عدم مفتياً في بلده وغيره فله حكم ما قبل الشرع) على الخلاف : هل الأصل في الأشياء الحظر أو الإباحة أو الوقف ! (وقيل : متى خلت البلد من مفت حرمت السكنى فيها) قال النووي: والأصح لا يحرم إن أمكن الذهاب إلى مفتٍ . (وله) أي المفتى (رد الفتيا إن خاف غائلتها أو كان في البلد من يقوم مقامه) في الفتيا ؛ لأن الإفتاء في حقه مع وجود من يقوم مقامه سنة ، (وإلا) أي وإن لم يكن في البلد من يقوم مقامه - (لم يجز) له رد الفتيا لتعينها عليه ، والتعليم كذلك كما ذكر معناه النووي في شرح المهذب ، (لكن إن كان الذي يقوم مقامه معروفاً عند العامة مفتياً ، وهو جاهل ، تعين الجواب على العالم) لتعين الإفتاء عليه إذن . (قال في عيون المسائل: الحكم يتعين بولايته) أي الحكم (حتى لا يمكنه رد محتكمين إليه ويمكنه رد من يستشيره ، وإن كان محتملاً شهادة فنادر أن لا يكون سواه) أي معه متحملاً لتلك الشهادة فلا يتعين عليه أداؤها إذ يمكن نيابة غيره ، (وأما في الحكم فـ)ـإنه (لا ينوب البعض عن البعض ، ولا يقول لمن ارتفع إليه : امض إلى غيري من الحكام . انتهى) أي ولو كان في البلد من يقوم مقامه لما يلزم على جواز تدافع الحكومات من الحقوق . (ومن قوى عنده مذهب غير إمامه) لظهور الدليل معه (أفتى به) أي بما ترجح عنده من مذهب غير إمامه (وأعلم السائل) بذلك ليكون على بصيرة في تقليده . (قال) الإمام (أحمد : إذا جاءت المسألة ليس

فيها أثر) أي حديث مرفوع ولا موقوف ؛ لأن : قال الصحابي - عنده - حجة إذا لم يخالفه غيره . (فأفت فيها بقول الشافعي ، ذكره النوى في « تهذيب الأسماء واللغات» في ترجمته الشافعي) وفي المبدع : قال أحمد في رواية المروذي: إذا مسألة عن مسئلة لم أعرف فيها خبراً قلت فيها بقول الشافعي لأنه إمام عالم من قريش ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : « يَمْلأُ الأرْضَ عِلْماً » . (ويجوز له) أي للمفتي (العدول عن جواب المسئول عنه إلى ما هو أنفع للسائل) قال تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالحَجِّ ﴾ [1] . (و) يجوزر للمفتي (أن يجيبه بأكثر مما سأله) عنه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم وقد سئل عن ماء البحر : « هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ الحِلُّ مَيْتَتُهُ » . (و) للمفتي (أن يدله) أي المستفتي (على عوض ما منعه عنه وأن ينبهه على ما يجب الاحتراز عنه) لأن ذلك من قبيل الهداية لدفع المضار ، (وإذا كان الحكم مستغرباً وطأ قبله) أي مهد له أي ذكر للحكم شيئاً يوضح ويبين به الحكم المذكور ووطأ قبله (ما هو كالمقدمة له) ليزيل استغرابه ، (وله الحلف علي ثبوت الحكم أحياناً) قال تعالى : ﴿ قُلْ : إي ، وَرَبِّي إنَّهُ لَحَقٌّ ﴾ [2] ، وقال جل ذكره : ﴿ فَوَرَبِّ السَّمَاءِ والأرْضِ إنَّهُ لَحَقٌّ مِثْلَ مَا أنَّكُمْ تَنْطِقُونَ﴾[3] والسنة شهيرة بذلك ، وقوله (أحياناً) احتراز من الإفراط في الحلف فإنه مكروه ، (وله أن يكتب كذلك مع جواب من تقدمه بالفتيا ليقول : جوابي كذلك والجواب صحيح وبه أقول) طلباً للاختصار مع حصول المقصود ، (إذا علم صواب جوابه وكان أهلاً) للفتيا ، (وإلا) أي وإن لم يعلم صوابه (اشتغل بالجواب معه في الورقة ، وإن لم يكن) من تقدم المفتي (أهلاً) للفتيا (لم يفت معه لأنه تقرير لمنكر ، وإن لم يعرف المفتى اسم من كتب فله أن يمتنع من الفتيا معه خوفاً مما قلناه) أي من أن يكون غير أهل تقريراً للمنكر ، (والأولى أن يشير على صاحب الرقعة بإبدالها) إذا جهل المفتي قبله فيها ، (فإن أبي ذلك) أي إبدالها (أجابه شفاهاً) بلا كتابة ، (وإذا كان هو المبتدىء بالإفتاء في الرقعة كتب في الناحية اليسرى لأنه أمكن ، وإن كتب في) الجانب (الأيمن أو الأسفل - جاز ، ولا يكتب فوق البسملة) احتراماً لاسم الله تعالى ، (وعليه أن يختصر جوابه) لأن الزيادة على ما يحصل به المقصود إشغال للرقعة بلا حاجة إليه ، وقد لا يرضى ربها بذلك، ودلالة الحال إنه إنما أذن في قدر الحاجة ، (ولا بأس لو كتب) المفتي (بعد جوابه كما في الرقعة : زاد السائل من لفظه كذا وكذا ، والجواب عنه كذا وكذا) إخبار بالواقع ، (وإن جعل) المفتى (لسان السائل) أى لغته

---

(١) سورة البقرة الآية : ١٨٩ . (٢) سورة يونس الآية : ٥٣ .

(٣) سورة الذاريات الآية : ٢٣ .

(أجزأت ترجمة واحد ثقة) كالإخبار بالقبلة ، وغيرها بخلاف الترجمة عند الحاكم ، فحكمها كالشهادة ، ويأتي . (وإن رأى) المفتي (لحناً فاحشاً في الرقعة) المكتوب فيها السؤال (أو) رأى بها (خطأ يحيل المعنى - أصلحه) لأن إجابته تتوقف على ذلك لفهم المقصود ، (وينبغي) للمفتي (أن يكتب الجواب بخط واضح وسطاً ويقارب سطوره وخطه لئلا يزور أحد عليه ثم يتأمل الجواب بعد كتابته خوفاً من غلط أو سهو ، ويستحب أن يكتب في أول فتواه : الحمد لله ، وفي آخرها : والله أعلم ، وكتبه فلان الحنبلي أو الشافعي ونحوه) كالمالكي والحنفي اقتداء بمن سلف ، (وإذا رأى خلال السطور أو في آخرها بياضاً يحتمل أن يلحق به ما يفسد الجواب فليحترز منه ، فإمَّا أن يأمره بكتابة غير الورقة أو يشغله بشيء) ليأمن من الزيادة ، (وينبغي) للمفتي (أن يكون جوابه موصولاً بآخر سطر في الورقة ولا يدع بينهما فرجة خوفاً من أن يكتب السائل فيها غرضاً له ضاراً، وإن كان في موضع الجواب ورقة ملزوقة كتب على موضع الالتزاق وشغله بشيء) لئلا يحل اللزق ويوصل برقعة أخرى .

قلت : فإن كان غير ملتزق وطلب منه الكتابة ليلزق لم يجب ، لئلا يلزق بغير ما سئل عنه مما يخالف في الحكم . (وإذا سئل) المفتي (عن شرط واقف - لم يفت بإلزام العمل به حتى يعلم هل الشرط معمول به في الشرع أو من الشروط التي لا تحل مثل أن يشرط أن يصلي الصلوات في التربة المدفون بها) الواقف (ويدع المسجد ، أو يشعل بها) أي التربة (قنديلا أو سراجاً) لأن ذلك محرم كما تقدم في الجنائز ، (أو وقف مدرسة أو رباطاً أو زاوية وشرط أن المقيمين بها من أهل البدع كالشيعة والخوارج والمعتزلة والجهمية ، والمبتدعين في أعمالهم كأصحاب الشارات والملاذت وأهل الحيات وأشباه الذباب المشتغلين بالأكل والشرب والرقص) فلا يجوز أن يعمل بالشرط المذكور فضلاً عن وجوب اتباعه ، (ولا يجوز أن يفتي فيما يتعلق باللفظ) كالطلاق والعتاق والأيمان والأوارير (بما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ دون أن يعرف عرف أهلها والمتكلمين بها بل يحملها على ما اعتادوه وعرفوه ، وإن كان) الذي اعتادوه (مخالفاً لحقائقها الأصلية) اللغوية لما تقدم في الأيمان أن العرفي يقدم على الحقيقة المهجورة ، (وإذا اعتدل عنده قولان من غير ترجيح) أي وكان من أهل الاجتهاد (فقال القاضي : يفتي بأيهما شاء). وتقدم : ليس لمن انتسب لمذهب إمام أن يتخير في مسألة ذات قولين . (ومن أراد كتابة على فتيا أو) أن يكتب (شهادة - لم يجز أن يكبر خطه ولا أن يوسع السطور بلا إذن ولا حاجة) لأنه غير مأذون فيه لفظاً ولا عرفاً ، (ويكره أن يكون السؤال بخطه) أي المفتي ، و (لا) يكره أن يكون (بإملائه وتهذيبه ، وإذا كان في رقعة الاستفتاء مسائل فحسن أن يرتب الجواب على ترتيب الأسئلة) ليحصل التناسب، (وليس له أن يكتب

الجواب على ما يعلمه من صورة الواقعة إذا لم يكن في الرقعة تعرض له، بل يذكر جوابه في الرقعة) فإذا أراد الجواب على خلاف ما فيها فليقل : وإن كان الأمر كذا فجوابه كذا * قلت : وأن أمر السائل بتغيير الرقعة فهو أولى . (ولا يجوز إطلاقه في الفتيا في اسم مشترك إجماعاً) قاله ابن عقيل ، (بل عليه التفصيل) في الجواب ، (فلو سُئِلَ) المفتي (هل له الأكل في رمضان بعد طلوع الفجر ؟ فلا بد أن يقول : يجوز بعد الفجر الأول لا الثاني . وأرسل) الإمام (أبو حنيفة إلى أبي يوسف يسأله عمن دفع ثوباً إلى قصار فقصره وجحده هل له أجرة إن عاد وسلمه إلى ربه ؟ وقال) أبو حنيفة : (إن قال) أبو يوسف : (نعم أو لا - أخطأ . ففطن أبو يوسف وقال : إن قصره قبل جحوده فله) الأجرة لأنه قصره لربه ، (وبعده) أي وإن قصره بعد جحوده (لا) أجرة له (لأنه قصره لنفسه ، وسأل أبو الطيب) الطبري (قوماً) من أصحابه (عن بيع رطل تمر برطل تمر، فقالوا : يجوز . فخطأهم . فقالوا : لا . فخطأهم !) فخجلوا (فقال: إن تساويا كَيْلا جاز) فهذا يوضح خطأ المطلِق في كل ما يحتمل التفصيل . قال ابن مفلح عن قول ابن عقيل المذكور: كذا . وقال : ويتوجه عمل بعض أصحابنا بظاهره . انتهى .

قلت : ولم يزل العلماء يجيبون بحسب ما يظهر لهم من المتبادر إلى الفهم ، ويؤيده حديث جبريل عن الإسلام والإيمان والإحسان ، ولم يستفصله النبي ﷺ هل السؤال عن حقائقها أو شروطها أو أركانها ونحو ذلك من متعلقاتها . (ولا يجوز) للمفتي (أن يلقي السائل في الحيرة مثل أن يقول في مسألة في الفرائض : تقسم على فرائض الله) تعالى ، (أو يقول : فيها) أي المسألة التي سئل عنها (قولان ونحوه) مما لا ينافيه ، (بل يبين له بياناً مزيلاً للإشكال لأن الفتيا تبيين الحكم كما تقدم ، (لكن ليس عليه) أي المفتي (أن يذكر المانع في الميراث من الكفر وغيره) كالرق واختلاف الدين ، (وكذلك في بقية العقود من الإجارة والنكاح وغير ذلك) كالبيع والصلح ونحوهما ، (فلا يجب) على المفتى (أن يذكر الجنون والإكراه ونحو ذلك) من الصغر وعدم معرفة المبيع ونحوه عملا بالظاهر وهو الصحة ، (والعامي يخير في فتواه ، فيقول) المفتي : (مذهب فلان كذا) . وتقدم أن العاميَّ يتخير وإن لم يخير وإن لم يخيره المفتي ، (ويقلد العامي من عرفه عالماً عدلاً أو رآه منتصباً) للتدريس والإفتاء (معظماً) لأن ذلك يدل على فضله ، (ولا يقلد من عرفه جاهلاً عند العلماء ، ويكفيه) أي العامي (قول عدل خبير) بما أفتاه فيه كسائر الأخبار الدينية . (قال ابن عقيل : يجب سؤال أهل الفقه والخير) ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَاسألُوا أهلَ الذِّكرِ إنْ كُنتُمْ لا تَعلَمُونَ ﴾ [1] . (فإن جهل عدالته لم يجز تقليده) لأنه لم يتحقق شرط جواز التقليد ، (ويقلِّدُ) المجتهدَ العدلَ ولو

(١) سورة النحل الآية : ٤٣ .

(ميتاً ، وهو كالإجماع في هذه الأعصار وقبلها) لأن قوله باق في الإجماع كالحاكم والشاهد لم يبطل حكمه ولا شهادته بموته ، قال الشافعي : المذاهب لا تموت بموت أربابها . قال النووي في شرح المهذب : وليس له أي للعامي التمذهب بمذهب أحد الصحابة رضي الله تعالى عنهم وغيرهم من الأولين ، وإن كانوا أعلم وأعلى درجة ممن بعدهم ؛ لأنهم لم يتفرغوا لتدوين العلم وضبط أصوله وفروعه ، فليس لأحد منهم مذهب محرر مقرر . (ويحفظ المستفتى الأدب مع المفتي ويجله) لأن العلماء ورثة الأنبياء، (ولا يومي بيده في وجهه ولا يقل : وما مذهب إمامك في كذا ؟ وما تحفظ في كذا ؟ أو أفتاني غيرك ، أو أفتاني (فلان بكذا ، أو قلت أنا) كذلك ، (أو وقع لي) كذلك ، (أو إن كان جوابك موافقاً فاكتب) ونحو ذلك مما ينافي الأدب . (لكن إن علم) المفتي (غرض السائل في شيء - لم يجز) له (أن يكتب) في رقعته (بغيره) لأنه يفسد عليه رقعته ويحوجه إلى إبدالها . (ويكره) للمستفتى (أن يسأله) أي المفتى (في حال ضجر أو هم أو) عند (قيامه أو نحوه) كنعاسه وكل ما يشغل الفكر ، (ولا يطالبه بالحجة) أي لا يطالب المستفتي من المفتي الدليل على ما قاله لأنه فيه اتهاماً له ، (ويجوز تقليد المفضول من المجتهدين) مع وجود أفضل منه ؛ لأن المفضول من الصحابة والسلف كان يفتى مع الفاضل منهم مع الاشتهار والتكرار ، ولم ينكر ذلك أحد فكان إجماعاً . وقال صلى الله عليه وسلم : « أَصْحَابِى كَالنُّجُومِ بِأَيِّهِمْ اقْتَدَيْتُمْ اهْتَدَيْتُمْ » وفيهم الأصل من غيره . وأيضاً العامي لا يمكنه الترجيح لقصوره عنه .

« فائدة » لايجوز التقليد في معرفة الله تعالى والتوحيد والرسالة . ذكره القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب ، وذكره عن عامة العلماء ، وذكره غيره أنه قول جمهور العلماء واستدل لذلك بأمره تعالى بالتدبر والتفكر . وفي صحيح ابن حبان: لما نزل قوله تعالى: ﴿إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ وَاخْتِلاَفَ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ لآيَاتٍ لأُولِى الأَلْبَابِ﴾[1] قال : «ويلٌ لِمَنْ قَرَأَهُنَّ وَلَمْ يَتَدَبَّرْهُنَّ ، وَيْلٌ لَهُ وَيْلٌ لَهُ» والإجماع على وجوب معرفة الله تعالى، ولا تحصل بتقليد لجواز كذب المخبر ، واستحالة حصوله لمن قلد في حدوث العالم، وكمن قلد في قدمه ، ولأن التقليد لو أفاد علماً فإما بالضرورة وهو باطل وإما بالنظر فيستلزم الدليل والأصل عدمه ، والعلم يحصل بالنظر واحتمال الخطأ لعدم تمام مراعاة القانون الصحيح ولأن الله تعالى ذم التقليد بقوله تعالى : ﴿ إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَى أُمَّةٍ ﴾ [2] وهي فيما يطلب للعلم فلا يلزم فى الفروع . قال فى شرح المنتهى : (ولزوم

---

(١) سورة آل عمران الآية : ١٩٠ .

(٢) سورة الزخرف الآية : ٢٢ .

التمذهب بمذهب وامتناع الانتقال إلى غيره : الأشهر عدمه) قال الشيخ تقي الدين : العامي عليه أن يلتزم مذهباً معيناً يأخذ بعزائمه ورخصه ، وفيه وجهان لأصحاب أحمد ، وهما وجهان لأصحاب الشافعي ، والجمهور من هؤلاء وهؤلاء لا يحبون ذلك ، والذين يوجبون يقولون : إذا التزمه لم يكن له أن يخرج عنه ما دام ملتزماً له ، أو ما لم يتبين له أن غيره أولى بالالتزام منه ، ولا ريب أن التزام المذاهب والخروج عنها إن كان لغير أمر ديني مثل أن يلتمس مذهباً لحصول غرض دنيوي من مال أو جاه ونحوه ذلك فهذا مما لا يحمد عليه بل يذم عليه في نفس الأمر ولو كان ما انتقل إليه خيراً مما انتقل عنه ، وهو بمنزلة من يُسْلِمُ ولا يسلم إلا لغرض دنيوي أو يهاجر من مكة إلى المدينة لامرأة يتزوجها ودنيا يصيبها . وإما ان كان انتقاله من مذهب إلى مذهب لأمر ديني فهو مثاب على ذلك، بل واجب على كل أحد إذا تبين له حكم الله ورسوله في أمر ألا يعدل عنه ولا يتبع أحداً في مخالفة الله تعالى ورسوله . فإن الله تعالى فرض طاعته وطاعة رسوله على كل أحد في كل حال . انتهى . وفي الرعاية : من التزم مذهباً أنكر عليه مخالفته بلا دليل ولا تقليد سائغ ولا عذر ، ومراده بقوله : بلا دليل - إذا كان من أهل الاجتهاد. وقوله : ولا تقليد سائغ ، أي لعالم أفتاه إذا لم يكن أهلاً للاجتهاد . وقوله: ولاعذر، أي يبيح له ما فعله فينكر عليه حينئذ ؛ لأنه يكون متبعاً لهواه . وقال في موضع آخر : يلزم كل مقلد أن يلتزم بمذهب معين في الأشهر ولا يقلد غيره . وقيل: بلى . وقيل : ضرورة . (ولا يجوز له) أي للمفتي (ولا لغيره تتبع الحيل المحرمة والمكروهة ولا تتبع الرخص لمن أراد نفعه ، فإن تتبع ذلك) أي الحيل المكروهة والمحرمة والرخص (فسق وحرم استفتاؤه ، وإن حسن قصده) أي المفتي (في حيلة جائزة لا شبهة فيها ولا مفسدة لتخلص المستفتي بها من حرج - جاز ، كما أرشد النبي ﷺ بلالاً رضي الله عنه إلى بيع التمر بدراهم ثم يشتري بالدراهم تمراً آخر فيتخلص من الربا) بذلك ، وهذا إذا كان قبض الدراهم فاشترى في ذمته بدراهم من جنس الأولى وعلى صفتها فتحل المقاصة ويتخلص من الربا . وأما إذا اشترى بعين تلك الدراهم قبل قبضها مما يشاركه في العلة كما تقدم في البيع . (وإذا استفتى واحداً أخذ) المستفتي (بقوله ويلزمه) الأخذ بقوله (بالتزامه) قال في شرح التحرير : لو أفتى المقلَّدَ مفتٍ واحد وعمل به المقلد لزمه قطعاً وليس له الرجوع عنه إلى فتوى غيره في تلك الحادثة بعينها إجماعاً . نقله ابن الحاجب والهندي وغيرهما ، وإن لم يعلم به فالصحيح من المذهب أنه يلزمه بالتزامه . قال ابن مفلح في أصوله : هذا الأشهر . (ولو سأل) العامي (مفتيين فأكثر فاختلفا عليه - تَخَيَّرَ) صححه في الإنصاف ، وقال الموفق في

الروضة : لزمه الأخذ بقول الأفضل في علمه ودينه ، وقال الطوفي في مختصرها : والظاهر الأخذ بقول الأفضل في علمه ودينه . وفي أعلام الموقعين : يجب عليه أن يتحرى ويبحث عن الراجح بحسبه وهو أرجح المذاهب السبعة . انتهى . والقول الأول : اختاره القاضي وأبو الخطاب . قال : وهو ظاهر كلام أحمد ، وقطع به المجد في موضع من المسودة ، وقدمه صاحب الفروع في أصوله . (فإن لم يجد إلا مفتياً واحداً لزمه قبوله) كما لو حكم عليه به ، ولا يتوقف ذلك على التزامه ولا سكون نفسه إلى صحته . (وله العمل بخط المفتي وإن لم يسمع الفتوى من لفظه إذا عرف أنه خطه) لأنه صلى الله عليه وسلم كان يكتب لعماله وولاته وسعاته ويعملون بذلك ، ولدعاء الحاجة إليه بخلاف الحاكم * قلت: ومن ذلك العمل بكتب الأئمة إذا علم أنها خطهم أو أن نقلها الثقة عن خطهم .



فصل

وإن تحاكم شخصان إلى رجل للقضاء

(بينهما فحكم - نفذ حكمه في المال والقصاص والحد والنكاح واللعان وغيرها حتى مع وجود قاض فهو كحاكم الإمام) لما روى أبو شريح أن رسول الله ﷺ قال له : « إنَّ اللهَ هُوَ الحكمُ فلمَ تُكنَّى أبا الحكَم ؟ قالَ : إنَّ قوْمي كانُوا إذَا اختلفُوا في شَيْءٍ أتوني فحكَمتُ بيْنَهُمْ فَرَضِيَ الفَرِيقَانِ . قال : فَمَا أحْسَنَ هَذَا ، فَمَنْ أكْبَرُ وَلَدِكَ ؟ قَالَ : شُرَيحٌ . قال : فَأَنْتَ أبُو شُرَيْحٍ » أخرجه النسائي ، وعنه صلى الله عليه وسلم : « مَنْ حكَمَ بَيْنَ اثْنينَ تحاكما إليهِ وَارْتَضَيَا بِهِ فَلَمْ يَعدِلْ بَينهُما بالْحقِّ فَعلَيْهِ لَعْنَةُ اللهِ » رواه أبو بكر . ولولا أن حكمه يلزمهما لما لحقه هذا الذم ، ولأن عمر وأُبيّاً تحاكَمَا إلى زيد بن ثابت ، وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم ، ولم يكن أحد منهما قاضياً . (ويلزم من كتب إليه) المحكم (بحكمه القبول و) يلزمه (تنفيذه) لأنه حاكم نافذ الأحكام فلزمه قبوله (كحاكم الإمام ، ولا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض) فيه (حكم من له ولاية) من إمام أو نائبه كما يأتي بيانه ، (ولكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم) لأنه لا يلزم حكمه إلا برضا الخصمين . أشبه رجوع الموكل عن التوكل قبل التصرف فيما وكل فيه ، و (لا) يصح رجوع أحدهما (بعده) أي بعد شروعه في الحكم ، (وقبل تمامه) كرجوع الموكل بعد صدور ما وكل فيه من وكيله . (وقال الشيخ : وإن حكم أحدهما خصمه أو حكماً مفتياً في مسألة اجتهادية

جاز ، وقال : يكفي وصف القصة) أي وإن لم تكن دعوى . (وقال : العشر صفات الآتى ذكرها في المحرر في القاضي : لا تشترط فيمن يحكمه الخصمان) . وينبغي أن يشهد عليهما بالرضا به قبل حكمه لئلا يجحد المحكوم عليه منهما . (وقال في عمد الأدلة بعد ذكر التحكيم : وكذا يجوز أن يتولى مقدمو الأسواق والمساجد الواسطات والصلح عند الفورة والمخاصمة وصلاة الجنازة ، وتفويض الأموال إلى الأوصياء ، وتفرقة زكاته بنفسه ، وإقامة الحدود على رقيقه ، وخروج طائفة إلى الجهاد ، والقيام بأمر المساجد ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والتعزير لعبيد وإماء وأشباه ذلك) *
قلت : وفي بعض ذلك ما لا يخفي على المتأمل .



باب
آداب القاضي

بفتح الهمزة والدال ، يقال : أدب الرجل بكسر الدال ، وضمها لغة : إذا صار أديباً في خلق أو علم . (وهو) أي الأدب (أخلاقه التي ينبغي) له ولغيره (التخلق بها). والمقصود من هذا الباب بيان ما يجب على القاضي أو يسن له أن يأخذ به نفسه وأعوانه من الآداب والقوانين التي تنضبط بها أمور القضاء وتحفظهم من الميل والزيغ . (والخُلُق) بضم اللام (صورته الباطنة) وهي نفسه وأوصافها ومعانيها ، والثواب والعقاب يتعلقان بأوصاف الصورة الباطنة أكثر مما يتعلقان بأوصاف الصورة الظاهرة . قال الحافظ ابن حجر: حسن الخلق اختيار الفضائل وترك الرذائل . (ينبغي) أي يسن (أن يكون) القاضي (قوياً من غير عنف) لئلا يطمع فيه الظالم ، والعنف ضد الرفق ، (لينا من غير ضعف) لئلا يهابه صاحب الحق ، وظاهر الفصول : يجب ذلك ، (حليماً) لئلا يغضب من كلام الخصم فيمنعه ذلك من الحكم بينهما ، (متأنياً) لئلا تؤدي عجلته إلى ما لا ينبغي ، (ذا فطنة وتيقظ) لئلا يخدع من بعض الخصوم على غرة ، (بصيراً بأحكام الحكام قبله ، يخاف الله تعالى ويراقبه لا يؤتى من غفلة ولا يخدع لغرة) ؛ لقول علي : « لا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أنْ يَكُونَ قَاضِياً حَتَّى يَكُونَ فِيه خَمْسُ خِصَالٍ : عَفِيفٌ حَلِيمٌ عَالِم بِمَا كَانَ قَبْلَهُ يستشير ذوي الألباب لا يخاف في الله لومة لائم » . (صحيح البصر والسمع ، عالماً بلغات أهل ولايته) لأن ذلك أمكن في العدل بينهم لأن المترجم قد يخفى شيئا من كلام أحدهما ، (عفيفاً) لما تقدم عن علي ، (ورعاً نزيهاً بعيداً عن الطمع ، صدوق اللهجة ، لا يهزل ولا يمجن) أي يمزح لأن ذلك يخل بهيئته ، (ذا رأي ومشورة) لما تقدم عن علي ، (لكلامه لين ، ذا قريب وهيبة إذا أوعد ، ووفاء إذا وعد) يقال : وعد في الخير وأوعد في ضده . هذا هو الأصل ، وقد يستعمل كل منهما بمعنى الآخر ، (ولا يكون) القاضي (جباراً ولا عسوفاً) لأنه لا يحصل المقصود بتوليته من وصول الحق لمستحقه ، (وله أن ينتهر الخصم إذا التوى) لأن الحاجة داعية إلى ذلك لإقامة العدل ، (و) أن (يصيح عليه) أي على الخصم عند التوائه ، (وإن استحق التعزير عزره بما يرى من أدب) لا يزيد على عشرة أسواط (أو حبس ، وإن افتات) الخصم (عليه) أي على القاضي (بأن يقول) الخصم : (حكمت على بغير الحق أو ارتشيت ، فله تأديبه لأنه يشق عليه رفعه إلى غيره ، فجاز له تأديبه بنفسه) مع أنه حق له ، (وله) أي القاضي (أن يعفو) عمن افتات عليه لأنه حق له ، (وإن بدأ المنكر باليمين - قطعها) القاضي (عليه ، وقال : البينة على خصمك) المدعي ، (فإن عاد)

المنكر إلى اليمين (نهره) عن ذلك ، (فإن عاد) إليه ، (عزره إن رأى) ذلك (وأمثال ذلك مما فيه إساءة الأدب ، وإذا وُلّيَ) القاضي (في غير بلده فأراد المسير إليه - استحب أن يبحث عن قوم من أهل ذلك البلد إن وجد ليسألهم عنه) أي عن البلد (وعن علمائه وعدو له وفضلائه) ليعرف حالهم حتى يشاور من هو أهل للمشاورة ويقبل شهادة من هو أهل للعدالة ، (ويتعرف منهم) أي ممن وجد من أهل ذلك البلد (ما يحتاج إلى معرفته ، فإن لم يجد) من يسأل في البلد الذي هو فيه (ولا في طريقه سأل إذا دخل) ليتعرف حالهم لما تقدم ، (وإذا قرب) القاضي (منه) أي من البلد الذي ولي فيه (بعث من يعلم بقدومه ليتلقوه من غير أن يأمرهم بتلقيه) لأن في تلقيه تعظيماً له ، وذلك طريق لقبول قوله ونفوذ أمره ، (ويدخل في البلد يوم الاثنين أو) يوم (الخميس أو) يوم (السبت) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « بُورِكَ لأمَّتي في سَبْتِهَا وَخَمِيسِهَا»، وروى أن النبي ﷺ « كَانَ إذَا قَدِمَ مِنْ سَفَرٍ قَدِمَ يَوْمَ الخَمِيسِ » ، (ضحوة) لاستقبال الشهر تفاؤلا (لابساً أجمل ثيابه) أي أحسنها لأن الله جميل يحب الجمال ، وقال تعالى: ﴿ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ ﴾ [1] . لأنها مجامع الناس وهذا موضع يجتمع فيه ما لا يجتمع في المسجد فكان أولى بالزينة ، (وفي التبصرة : وكذا أصحابه) أي يلبسون أحسن ثيابهم ، وجزم به في المنتهى لأن ذلك يكون أعظم له ولهم في النفوس ، (وأن يكون جميعها) أي الثياب (سوداً وإلا فالعمامة) ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم «دَخَلَ مَكَّةَ عَلَيهِ عِمَامَةٌ حرْقَانِيَّةٌ أيْ سَوْدَاءُ » . قال في الفروع والمبدع : (وظاهر كلامهم غير السواد أولى) للأخبار أي في البياض ، (ولا يتطير) أي يتشاءم (بشيء ، وإن تفاءل فحسن) ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم كان يحب الفأل الحسن ونهى عن الطيرة . (فيأتي) القاضي (الجامع يصلي فيه ركعتين) لأن النبي ﷺ « كانَ إذَا قَدِمَ مِنْ سَفرٍ بَدَأَ بِالْمسجدِ فَصَلّى فِيهِ رَكعتينِ » فيستحب ذلك لكل قادم ، (ويجلس مستقبل القبلة) لأن خير المجالس ما استقبل به القبلة ، (فإذا اجتمع الناس أمر بعهده) أي بالذي كتبه له موليه عما ولاه إياه (فقرىء عليهم) أي الحاضرين ليعلموا توليته ويعلموا احتياط الإمام على اتباع أحكام الشرع والنهي عن مخالفته ، وقدر المولَّى عنده ، ويعلموا حدود ولايته وما فوض إليه الحكم فيه ، (وليُقلَّ) القاضي (من كلامه إلا لحاجة) للخبر ، (ويأمر من ينادي بيوم جلوسه للحكم) ليعلم من له حاجة فيقصد الحضور لفصل حاجته ، (ثم ينصرف) القاضي (إلى منزله الذي أعد له) ليستريح من نصب سفره ويبعد أمره وليرتب نوابه ليكون خروجه على أعدل أحواله . (وأول ما يبدأ به أن يبعث إلى الحاكم

---

(١) سورة الأعراف الآية : ٣١ .

المعزول فيأخذ منه ديوان الحكم) بكسر الدال وحكي فتحها ، وهو فارسي معرب ، لأنه الأساس الذي يبني عليه ، (ويلزمه) أي المعزول (تسليمه) أي الحكم (إليه) أي إلى القاضي المتولى لأنه في يد الحاكم بحكم الولاية وقد صارت إليه فوجب أن ينتقل ذلك إليه ، (وهو) أي الديوان (ما فيه وثائق الناس من المحاضر ، وهي نسخ ما ثبت عند الحاكم ، والسجلات وهي نسخ ما حكم به) ويعرف الآن بالسجل ، (وليأمر) القاضي (كاتباً ثقة يكتب ما يسجله بمحضر عدلين) احتياطاً ، (ثم يخرج) القاضي (يوم الوعد على أعدل أحواله غير غضبان ولا جائع ولا شبعان ولا حاقن ولا مهموم بأمر يشغله عن الفهم كالعطش والفرح الشديدين والحزن الكثير والهم العظيم والوجع المؤلم والنعاس الذي يغمر القلب) ليكون أجمع لقلبه وأبلغ في تيقظه للصواب ؛ ولقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يَقْضِ القاضِي وَهُوَ غضْبَانُ » متفق عليه من حديث أبي بكرة ، والباقي بالقياس عليه ، (ويسلم على من يمر عليه) من المسلمين (ولو صبياناً ثم على من في مجلسه) لحديث : « إنَّ حَقَّ المُسلِمِ عَلى المُسلِمِ أنْ يُسَلِّمَ عَلَيهِ إذَا لَقِيَهُ » ، (ويصلي تحية المسجد إن كان في مسجد) لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذَا دَخَلَ أحَدُكُمُ المَسجدَ فَلاَ يَجلِسْ حَتَّى يُصَلِّي رَكعَتَينِ » ، (وإلا) أي وإن لم يكن في مسجد (خُيِّرَ ، والأفضل الصلاة) لينال ثوابها ، (ويجلس على بساط أو لبد أو غيره يفرش له في مجلس حكمه بسكينة ووقار) لأنه أبلغ في هيبته وأوقع في النفوس وأعظم لحرمة الشرع، (ولا يجلس على التراب ولا على حصر المسجد لأن ذلك يذهب بهيبته من أعين الخصوم)، لكن قال في الشرح : وما ذكره من جلوسه على البساط دون تراب وحصير لم نعلم أنه نقل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من خلفائه ، والاقتداء بهم أولى ، (ويستعين بالله ويتوكل عليه ويدعوه سراً أن يعصمه من الزلل ويوفقه للصواب ولما يرضيه) من القول والعمل لأن ذلك مطلوب مطلقاً ، ففي وقت الحاجة أولى ، والقاضي أشد الناس إليه حاجة ، (ويجعل) القاضي (مجلسه في مكان فسيح كجامع ، ويصونه) أي المسجد (عما يكره فيه) من لغط ونحوه ، (أو) يجلس في (فضاء واسع أو دار واسعة في وسط البلد إن أمكن) ليكون ذلك أوسع على الخصوم وأقرب إلى العدل ، (ولا يكره القضاء في الجوامع والمساجد) لحديث كعب بن مالك متفق عليه ، وروى عن عمر وعثمان وعلي «أنَّهُمْ كَانُوا يَقْضُونَ في المَسْجِدِ » . وقال مالك : هو السنة ، والقضاء فيه من أمر الناس والقديم . فإن اتفق لأحد من الخصوم مانع من الدخول كحيض وكفر وَكَّلَ وكيلاً وينتظر حتى يخرج فيحاكم إليه . (ولا يتخذ) القاضي (في مجلس الحكم حاجباً ولا بواباً ندباً بلا عذر) ؛ لقول النبي ﷺ : « مَا مِنْ إمَامٍ أوْ وَالٍ يُغلِقُ بَابَهُ دُونَ ذَوِي

الحَاجَةِ وَالخَلَّةِ وَالمَسكَنَةِ إلا أغلَقَ اللهُ أبوابَ السَّمَاءِ دُونَ حَاجَتِهِ وَخَلَّتِهِ وَمَسْكَنَتِهِ »[1] إسناده ثقات ، رواه أحمد والترمذي وقال : غريب . ولأن الحاجب ربما قدم المتأخر وأخر المتقدم لغرض له . (وفي الأحكام السلطانية : ليس له تأخير الخصومة إذا تنازعوا إليه بلا عذر) لما فيه من الضرر ، (ولا له) أي القاضي (أن يحتجب إلا في أوقات الاستراحة) لأنها ليست وقتاً للحكومة ، (ويعرض القصص) ليقضي حوائج أصحابها (فيبدأ بالأول فالأول) كما لو سبقوا إلى مباح ، (ويكون له من يرتب الناس إذا كثروا فيكتب الأول فالأول) ليعلم السابق ، (ويجب تقديم السابق على غيره) كالسبق إلى المباح ، (فإذا حكم بينه وبين خصمه فقال : لي دعوى أخرى - لم تسمع منه ، ويقول له : اجلس إذا لم يبق أحد من الحاضرين نظرت في دعواك الأخرى إن أمكن) لئلا يستوعب المجلس بدعاويه فيضر بغيره ، ولأنه مسبوق بالنسبة إلى الثانية ، لأن الذي يليه سبقه بالنسبة إلى الدعوى الثانية ، (فإذا فرغ الكل) من دعاويهم (فقال الأخير بعد فصل حكومته : لي دعوى أخرى - لم تسمع منه حتى تسمع دعوى الأول الثانية) لسبقه، (ثم تسمع دعواه) لعدم المعارض ، (وإن ادعى المدعي على المدعى عليه - حكم بينهما ، لأننا إنما نعتبر فالأول في المدعي لا في المدعى عليه ، وإذا تقدم الثاني) أي الذي جاء ثانياً (فادعى على المدعي الأول والمدعى عليه الأول - حكم بينهما) كما لو ادعى على غيرهما ، (وإن حضر اثنان) مدعيان (أو جماعة دفعة واحدة) وتشاحُّوا (أقرع بينهم فقدم من خرجت له القرعة) لأنها مشروعة للترجيح في غير هذا الموضع فكذا هنا. وفي المحرر والوجيز : يقدم المسافر والمرتحل ، زاد في الرعاية : والمرأة في حكومات يسيرة ، قال في المبدع : لكن لو قدم المتأخر أو عكس صح قضاؤه مع الكراهة . انتهى . ومقتضى كلام المصنف أنه يحرم، وإن ادعى كل منهم أنه حضر قبل الآخر ليدعي عليه ، فهل يقدم الحاكم من شاء منهما ، أو يصرفهما حتى يتفقا ، أو يقرع بينهما ، أو يحلف كل منهما الآخر ؟ فيه أوجه ، والاعتبار بسبق المدعي . (وإن كثر عددهم) أي المدعين الذين جاءوا دفعة واحدة (كتب أسماءهم في رقاع وتركها بين يديه ومد يده فأخذ رقعة واحدة بعد أخرى ، أى كلما انتهت خصومة صاحب رقعة أخذ الأخرى فأنهى) حكومة صاحبها ، (و) يأخذ (أخرى) فـ(يقدم صاحبها حسب ما يتفق) إلى أن ينتهوا ؛ لأنه لا مرجح هنا إلا القرعة وهذا أسهل طرقها .



---

(١) الحديث ذكره السيوطي في الجامع الكبير ، وعزاه لأحمد والترمذي ، وقال : غريب .

« فصل فيما يجب على القاضي »[1]

ويلزمه أي القاضي (العدل بين الخصمين في لحظه ولفظه ومجلسه والدخول عليه) لما روى عمرو بن شبة في كتاب قضاة البصرة عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال : « مَنْ ابتُلِيَ بالقَضَاء بَيْنَ المُسْلمينَ فَليَعدلْ بَيْنَهُمْ في لَفظِه وإشارَتِه ومَقعَدِه وَلا يَرْفَعَنَّ صَوْتَهُ عَلى أحَدِ الخَصْمَيْنِ وَلا يَرْفَعْهُ عَلى الآخَرِ » . ولأنه إذا ميز أحد الخصمين على الآخر حصر وانكسر وربما لم يفهم حجته فيؤدي إلى ظلمه ، (إلا أن يكون أحدهما كافراً فيقدم المسلم عليه في الدخول ويرفعه في الجلوس) لقوله تعالى : ﴿ أفَمَنْ كَانَ مُؤْمِناً كَمَنْ كَانَ فَاسِقاً ؟ لاَ يَستَوُونَ ﴾ [2] . ولقول علي لشريح : « لَوْ كَانَ مُسلماً لَجلَستُ مَعَهُ بَينَ يَدَيكَ ، وَلَكِنْ سمعتُ رَسُولَ الله ﷺ قال : « لاَ تُساوُوهُمْ في الجُلُوسِ » . قال في المبدع : وإسناده ضعيف . (أو يأذن له) أي القاضي (أحد الخصمين في رفع الخصم الآخر عليه في المجلس ، فيجوز) له رفعه لإسقاط خصمه حقه بإذنه فيه ، (وإذا سلم عليه أحدهما رد عليه) السلام ، (ولا ينتظر) بالرد (سلام الثاني) لوجوب رد السلام لعموم الأخبار ، (وله) أي القاضي (القيام السائغ) كالقيام لعالم ووالد ونحوهما ، فيقوم للخصمين ، فإن قام لأحدهما لزمه القيام للآخر للعدل ، (و) له (تركه) أي ترك القيام لهما لأنه أبلغ في الهيبة (ومسارة أحدهما) لما فيه من كسر قلب صاحبه وربما أضعفه ذلك عن إقامة حجته ، (و) يحرم عليه (تلقينه) لأحدهما (حجته) لأن عليه أن يعدل بينهما ولما فيه من الضرر على وجه صاحبه ، (و) يحرم عليه (تضييفه) أي تضييف أحد الخصمين (إلا أن يضيف خصمه معه) لما روى عن على « أنهُ نَزَلَ به رَجُلٌ ، فَقَالَ : لَكَ خَصْمٌ ؟ قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : تَحَوَّلْ عَنَّا فَإنِّي سَمِعتُ رَسُولَ الله ﷺ يقولُ : لاَ تَضِيفُوا أحَدَ الخَصْمَيْنِ إلا وَمَعَهُ خَصْمُهُ » . (و) يحرم أيضاً (تعليمه كيف يدعي) لما فيه من الإعانة على خصمه وكسر قلبه (إذا لم يلزم ذكره، فإن لزم كشرط عقد أو سبب) إرث (ونحوه) مما تتوقف عليه صحة الدعوى كوصف سرقة أو قتل (ولم يذكره المدعي، فله) أي القاضي (أن يسأل) عنه (ليحترز عنه) ويحرره لتوقف الحكم عليه ، (وله) أي القاضي (أن يشفع إلى خصمه لينظره) بالدين ، (أو يضع عنه ، وله أن يزن عنه ويكون) ذلك (بعد انقضاء الحكم) لأن في ذلك نفعاً لخصمه ولأن معاذا « أتَى النَبِيَّ ﷺ فَكَلَّمَهُ لِيُكَلِّم غُرَمَاءَهُ فَلَوْ تَرَكُوا لأحَدٍ لَتَرَكُوا مَعَاذاً لأجلِ رَسُولِ الله ﷺ » رواه سعيد، قال في المبدع : مرسل جيد . ونقل حنبل أن كعب بن مالك « تَقَاضَى ابنَ أبِي حَدْ رَدَ

---

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس موجودًا فى أى من النسخ .

(٢) سورة السجدة الآية : ١٨ .

دَيْناً عَلَيْه ، وَأَشارَ النَّبيُّ ﷺ إلى كعبٍ أنْ ضَعِ الشَّطْرَ مِنْ دَيْنِكَ ، قَالَ : قَدْ فَعلتُ . قال النَّبيُّ ﷺ : قُمْ فأعطه »[1] . قال أحمد : هذا حكم من النبي ﷺ . (وينبغي) للقاضي (أن يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب إن أمكن يشاورهم فيما أشكل عليه) ليذكروا أدلتهم فيها وجوابهم عنها فإنه أسرع إلى اجتهاده وأقرب إلى صوابه ، (فإن حكم باجتهاده فليس لأحد منهم الاعتراض عليه) لأن ذلك افتياتاً عليه ، (وإن خالف اجتهاده ، إلا أن يحكم بما يخالف نصاً) من كتاب أو سنة ، وظاهره ولو آحاداً كما يأتي ، (أو إجماعاً) لوجوب إنكاره ونقض حكمه به ، (ويشاور) القاضي (الموافقين والمخالفين) من الفقهاء (ويسألهم عن حججهم لاستخراج الأدلة و) لـ(ـتعرف الحق بالاجتهاد . قال) الإمام (أحمد رضي الله عنه) لما ولي سيد بن إبراهيم قضاء المدينة كان يجلس بين القاسم وسالم يشاورهما ، وولي محارب بن زياد قضاء الكوفة فكان يجلس بين الحكم وحماد يشاورهما : (ما أحسنه لو فعله الحكام يشاورون وينظرون) قال الله تعالى ﴿ وشَاوِرْهُمْ في الأمرِ ﴾[2] ، (فإن اتضح له الحكم) حكم فوراً ، (وإلا أخره) أي الحكم حتى يتضح له الحق فيحكم به لما فيه من القضاء بالجهل ، (فلو حكم ولم يجتهد فأصاب الحق - لم يَصِحَّ) حكمه (ويحرم عليه) إن كان مجتهداً (تقليده غيره إن كان أعلم منه) لأن المجتهد لا يجوز له التقليد . نقل ابن الحكم : عليه أن يجتهد . قال عمر : « وَاللهِ مَا يَدْرِي عُمَرُ أَصَابَ الحقَ أَمْ أَخْطَأَ » . ولو كان حكم بحكم عن رسول الله ﷺ لم يقل هذا . ونقل أبو الحرث : لا تقلد أمرك أحداً ، وعليك بالأثر . وقال المفضل بن زياد : لا تقلد دينك الرجال فإنهم لم يسألوا أن يغلطوا. (ويحرم القضاء وهو غضبان كثيراً) لخبر أبي بكرة أن النبي ﷺ قال : « لا يَقْضِيَنَّ حَاكِمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانٌ »[3] متفق عليه . ولأنه ربما حمله الغضب على الجور في الحكم ، (أو) وهو (حاقن أو حاقب أو في شدة جوع أو عطش أو هم أو غم أو وجع أو نعاس أو برد مؤلم أو حر مزعج أو توقان جماع أو شدة مرض أو خوف أو فرح غالب أو ملل أو كسل ونحوه) كحزن قياساً على الغضب ؛ لأنه يمنع حضور القلب واستيفاء الذكر الذي يتوصل به إلى إصابة الحق في الغالب ، فهو في معنى

---

(١) الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في الصحيح كتاب الصلاة : باب التقاضي والملازمة في المسجد ، وأخرجه مسلم في الصحيح كتاب المساقاة : باب استحباب الوضع من الدين .

(٢) سورة آل عمران الآية : ١٥٩

(٣) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الأحكام : باب هل يقضي الحاكم أو يفتي وهو غضبان ؟ وأخرجه مسلم في كتاب الأقضية : باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان ، راجع اللؤلؤ والمرجان ، حديث (١١١٩) .

الغضب ، (فإن خالف) القاضي (وحكم) في حال من تلك الأحوال (فوافق الحق - نفذ) حكمه ، خلافاً للقاضي ، قال : لأن النهي يقتضي فساد المنهي عنه، وكان للنبي ﷺ القضاء مع ذلك ، لأنه لا يجوز عليه غلط يقر عليه لا قولاً ولا فعلاً في حكم ، وتقدم في الخصائص . (ويحرم) على القاضي (قبول رشوة) بتثليث الراء لحديث ابن عمر : « لَعَنَ رَسُولُ اللهِ ﷺ الرَّاشِيَ والمُرْتَشِي » قال الترمذي : حسن صحيح . ورواه أبو بكر في زاد المسافر وزاد : « والرَّائِشَ » وهو السفير بينهما ، (وهي) أي الرشوة (ما يعضي بعد طلبه) لها ، (ويحرم بَذْلُهَا من الراشي ليحكم بباطل أو يدفع عنه حقاً ، وإن رشاه ليدفع) عنه (ظلمه ويجريه على واجبه فلا بأس به في حقه) قال عطاء وجابر بن زيد والحسن : لا بأس أن يصانع عن نفسه . ولأنه يستفيد ماله كما يستفيد الرجل أسيره ، (ويحرم قبوله) أي القاضي (هدية) لما روى أبو سعيد قال : « بَعَثَ النَّبِيُّ ﷺ رَجُلاً مِنَ الأَزد يُقَالُ لَهُ ابْنَ اللُّتبيَّة عَلى الصَّدَقَة ، فقال : هَذَا لَكُمْ وَهَذَا أُهديَ إليَّ . فَقَامَ النَّبِيُّ ﷺ فَحَمدَ اللهَ وَأَثنى عَلَيهِ ثُمَّ قَالَ : مَا بَالُ العَامِلِ نَبعَثُهُ فَيَجيءُ فَيَقُولُ : هَذَا لَكُمْ وَهَذَا أُهـدي إليَّ ؟ الاَ جَلَسَ في بَيت أبيه فَيَنظُر أَيُهدَى إلَيه أمْ لاَ ؟ والَّذي نَفسَ مُحمَّد بِيَدِه لا نَبعَثْ أحداً منكُمْ فَيَأخُذُ شيئاً إلا جَاءَ به يَوْمَ القيَامَة يَحملُهُ عَلى رَقَبَته ، إنْ كَانَ بَعيراً لَهُ رُغَاءٌ أوْ بَقَرَة لَهَا خُوَار أوْ شَاة تَبعَرُ ، ثُمَّ رَفَعَ يَدَهُ حَتَى رَأيتُ عُقْدَةَ إبطَيه فقَالَ : اللَّهُمَّ هَلْ بَلَغتُ ؟ ثَلاثاً »(١) متفق عليه . وقال كعب الأحبار : قرأت فيما أنزل الله على أنبيائه : الهدية تفقأ عين الحكم . (بخلاف مفت) فلا يحرم قبول الهدية ، (وتقدم في الباب قبله) مفصلاً ، (وهي) أي الهدية (الدفع إليه ابتداءً) من غير طلب، (وظاهره) أنه يحرم على القاضي قبوله الهدية (ولو كان) القاضي (في غير عمله) لعموم الخبر ، (إلا ممن كان يهدى إليه قبل ولايته إن لم يكن له) أي المهدي (حكومة) لأن التهمة منتفية لأن المنح إنما يكون من أجل الاستمالة أو من أجل الحكومة وكلاهما منتف ، (أو) كانت الهدية (من ذوي رحم محرم منه) أي من الحاكم (لأنه لا يصح أن يحكم له) هذا واضح في عمودي نسبه دون من عداهم من أقاربهم مع أنه يحتمل أن يهدي لئلا يحكم عليه . قال القاضي في الجامع الصغير : لا ينبغي أن يقبل هدية إلا من صديق كان يلاطفه أو ذي رحم محرم منه بعد أن لا يكون له خصم ، (وردها) أي رد القاضي الهدية حيث جاز له أخذها (أولى) لأنه لا يأمن أن يكون لحكومة منتظرة ،

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الأيمان والنذور : باب كيف كانت يمين النبي ﷺ ؟ وأخرجه مسلم في كتاب الإمارة : باب تحريم هدايا العمال ، راجع اللؤلو والمرجان ، حديث ١٢٠٢ .

(واستعارته) أي القاضي (من غيره كالهدية ؛ لأن المنافع كالأعيان ، ومثله لو ختن) القاضي (ولده ونحوه فأهدي له ، ولو قلنا : إنها للولد . لأن ذلك وسيلة إلى الرشوة. فإن تصدق عليه ، فالأولى أنه كالهدية) على التفصيل السابق ، وفي الفنون : له أخذ الصدقة . (وإن قبل) الرشوة أو الهدية (حيث حرم القبول - وجب ردها إلى صاحبها كمقبوض بعقد فاسد) وقيل : تؤخذ لبيت المال لخبر ابن اللتبية . (وقال الشيخ فيمن تاب : إن علم صاحبه دفعهن إليه وإلا دفعه في مصالح المسلمين . انتهى . وتقدم : لو بقيت في يده غصوب لا يعرف أربابها) يدفعها للحاكم أو يتصدق بها عن أربابها مضمونة ، (فإن أهدى لمن يشفع له عند السلطان ونحوه) من أرباب الولايات - (لم يجز) للشافع (أخذها) ليشفع له أن يرفع عنه مظلمة أو يوصل إليه حقه أو يوليه ولاية يستحقها أو يستخدمه في الجند المقاتلة وهو مستحق لذلك . ويجوز للمهدي أن يبذل في ذلك ما يتوصل به إلى أخذ حقه أو دفع الظلم عنه ، وهو المنقول عن السلف والأئمة الأكابر ، وفيه حديث مرفوع رواه أبو داود وغيره ، قاله في الاختيارات .

(ونص) الإمام (أحمد فيمن عنده وديعة فأداها فأهديت إليه هدية أنه لا يقبلها إلا بنية المكافأة) ، وحكم الهدية عند سائر الأمانات حكم الوديعة ، (ومثله دفع رب اللقطة لواجدها عند ردها إليه شيئاً منها) وتقدم في الجعالة ، (ويكره له) أي للقاضي أن يتولى البيع والشراء بنفسه خصوصاً بمجلس حكمه . لأنه يعرف فيحابي فيكون كالهدية، ولأن ذلك يشغله عن أمور المسلمين ، و (لا) يكره (لمفتٍ ولو في مجلس فتواه أن يتولى البيع والشراء بنفسه) لأنه لا يكره له قبول الهدية فلا يضره أن يحابي ، (ويستحب) للقاضي (أن يوكل في ذلك) أي البيع والشراء (من لا يعرف أنه وكيله) لأنه أنفى للتهمة ، فإن تعذر ذلك أو شق جاز ، لقضية أبي بكر رضي الله عنه . (وله) أي القاضي (عيادة المرضى وشهادة الجنائز وزيارة الأهل والصالحين والإخوان وتوديع الغازي والحاج ، ما لم يشغله عن الحكم) لأن ذلك قربة وطاعة . وقد وعد الشرع على ذلك أجراً عظيماً فيدخل القاضي في ذلك ، (فإن شغله) ذلك عن الحكم (فليس له ذلك) لأن اشتغاله بالفصل بين الخصوم ومباشرة الحكم أولى ، (وله حضور بعض) ذلك (دون بعض) لأن هذا يفعله لنفع نفسه بخلاف الولائم ، (وله حضور الولائم) كغيره . لأنه ﷺ أمر بحضورها ، (فإن كثرت الولائم تركها) كلها (واعتذر إليهم) وسألهم التحليل لئلا يشتغل بذلك عن الحكم الذي هو فرض عين ، (ولا يجيب بعضاً دون بعض) لأن ذلك كَسر لقلب من لا يجيبه ، (إلا أن يختص بعضها بعذر يمنعه مثل أن يكون في إحداهما منكر أو في مكان بعيد أو يشتغل بها زمناً طويلاً ، والأخرى بخلافها ، فله الإجابة إليها لظهور عذره) وذكر أبو الخطاب : يكره مسارعته إلى غير

وليمة عرس ، وذكر القاضي أنه يستحب له حضور غير وليمة عرس ، والمراد غير مأتم ، فيكره . ولو تضيف رجلاً فظاهر كلامهم : يجوز . قاله في المبدع . (ويوصي الوكلاء والأعوان على بابه الرفق بالخصوم وقلة الطمع) تنبيهاً لهم على الفعل الجميل اللائق بمجالس الحكام والقضاة ، (ويجتهد) القاضي (أن يكونوا) أي الوكلاء والأعوان (شيوخاً أو كهولاً من أهل الدين والفقه والصيانة) لأن في ضد ذلك ضرراً بالناس ، والكهول والشيوخ أولى من غيرهم ؛ لأن الحاكم يأتيه النساء وفي اجتماع الأشباب لهن ضرر ، (ويتخذ حبساً لأنه قد يحتاج إليه لتأديب واستيفاء حق واحتفاظ ممن عليه قصاص ونحوه ، ويتخذ أصحاب مسائل يتعرف بهم أحوال من جهل عدالته من الشهود) لدعاء الحاجة إلى ذلك ، (ويجب أن يكونوا عدولاً) لأن خبر الفاسق غير مقبول (برآء من الشحناء) أي العداوة ، (بعداء من العصبية في نسب أو مذهب) لئلا يحملهم ذلك على كتمان الحق ، (ولا يسألوا) شاهداً (عدوا ولا صديقاً) له لأنه منهم، (ويأتي بعضه في الباب بعده ، ويستحب له اتخاذ كاتب) لأنه عليه الصلاة والسلام استكتب زيداً وغيره لأن الحاكم تكثر أشغاله فلا يتمكن من الجمع بينها وبين الكتابة ، (ويجب أن يكون) الكاتب (مسلماً) لقوله تعالى : ﴿ لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يَأْلُونَكُمْ خبالاً ﴾ [1] (مكلفاً) لأن غير المكلف لا يوثق لقوله ولا يعول عليه (عدلاً) لأن الكتابة موضع أمانة ، (وينبغي أن يكون) الكاتب (وافر العقل ورعاً نزيهاً متيقظاً) لئلا يخدع (ليِّناً فقيهاً حافظاً جيد الخط لا يشتبه فيه سبعة بتسعة ونحو ذلك) مما يؤدي إلى اللبس فيخل بالمقصود (صحيح الضبط) لئلا يفسد ما يكتبه (حراً) لأنه ربما احتيج إلى شهادته فيكون متفقاً على قبولها ، (يجلسه) القاضي (بحيث يشاهد مكتبه) لأنه أبعد للتهمة وأمكن لإملائه ، وإن قصد ناحية جاز لأن ما يكتبه يعرض على القاضي ، (ويستحب أن يكون) الكاتب (بين يديه) أي القاضي (للمشافهة بما يملي عليه) لأنه أنفى للتهمة كما تقدم ، (وإن أمكن القاضي تولى الكتابة بنفسه جاز) له ذلك ، (والأولى الاستنابة) وظاهر كلام السامري أنه لا يتخذ إلا مع الحاجة ، (ويجعل) القاضي (القمطر) بكسر القاف وفتح الميم وسكون الطاء المهملة أعجمي معرب وهو الذي تصان فيه الكتب (مختوماً بين يديه لينزل) منه ما يجتمع (من المحاضر والسجلات) لأنه أحفظ له أن يغير ، (ويستحب) للقاضي (أن لا يحكم إلا بحضرة الشهود بحيث يسمعون المتحاكمين) ليستوفي بهم الحقوق وتثبت بهم الحجج ، (وليس له أن يرتب شهوداً لايقبل غيرهم) لأنه من ثبتت عدالته وجب قبول شهادتهم ، (لكن

---

(١) سورة آل عمران الآية : ١١٨ .

له أن يرتب شهوداً ليشهدهم الناس فيستغنون بإشهادهم عن تعديلهم ، ويستغنى الحاكم عن الكشف عن أحوالهم) لأن فيه رفقاً بالناس ويأتي في الباب بعد ، (ولا يجوز له) أي القاضي (منع الفقهاء من عقد العقود وكتابة الحجج) أي الإشهادات (وما يتعلق بأمور الشرع مما أباحه الله ورسوله إذا كان الكاتب فقيهاً عالماً بأمور الشرع وشروطه) أي العقد (مثل أن يزوج المرأة وليها بحضور شاهدين ويكتب كاتب عقدها ، أو يكتب رجل عقد بيع أو إجارة أو إقرار أو غير ذلك ، أو كان الكاتب مرتزقاً بذلك . وإذا منع القاضي ذلك ليصير إليه منافع هذه الأمور كان هذا من المكس نظير من يستأجر حانوتاً من) حاكم (القرية على أن لا يبيع غيره) في تلك القرية ، (وإن كان) القاضي يريد (منع الجاهلين لئلا يعقد) الجاهل (عقداً فاسداً ، فالطريق أن يفعل كما فعل الخلفاء الراشدون بتعزير من يعقد نكاحاً فاسداً كما فعل عثمان رضى الله عنه فيمن تزوج بغير ولي وفيمن تزوج في العدة . ولا يجوز ولا يصح أن يحكم) القاضي (لنفسه) لأنه لايجوز أن يشهد لها ، ويتحاكم هو وخصمه إلى قاضٍ آخر أو بعض خلفائه ؛ لأن عمر حاكم أبيّاً إلى زيد ، وحاكم عثمان طلحة إلى جبير ، (و) لا يصح حكمه (لمن لا تقبل شهادته له) ذكره بعضهم إجماعاً كشهادته له ، (وله الحكم عليه) أي على من لا تقبل شهادته له كأبيه وولده كشهادته عليه ، (ويحكم بينهم بعض خلفائه) لزوال التهمة . (ويجوز) للقاضي (أن يستحلف والده كحكمه لغيره بشهادتهما) قال أبو الوفاء : إذا لم يتعلق عليهما من ذلك تهمة ولم يوجب لهما بقبول شهادتهما ريبة ، ولا يثبت بطريق التزكية . (وليس له أن يحكم على عدوه) كشهادته عليه ، (وله أن يفتى عليه) أي على عدوه ، وتقدم .



فصل

ويستحب للقاضي أن يبدأ بالمحبوسين لأن الحبس عذاب

وربما كان فيهم من لا يستحق البقاء فيه فاستحبت البداءة فيهم ، (فينفذ) أي يبعث (ثقة يكتب اسم كل محبوس ومن حبسه وفيم حبس في) رقعة منفردة ؛ (لأن ذلك طريق إلى معرفة الحال على ما هو عليه ولئلا يتكرر بكتابته في رقعة واحدة النظر في حال الأول منها فالأول بل يخرج واحداً منها بحسب الاتفاق) كالقرعة ، (ويأمر منادياً ينادي في البلد أن القاضي ينظر في أمر المحبوسين يوم كذا فمن له خصم منهم فليحضر) لما في ذلك من الإعلام بيوم جلوس القاضي لهم ، وفي الشرح أن القاضي يأمر منادياً ينادي في البلد بذلك ثلاثة أيام ، (فإذا حضروا في ذلك اليوم تناول) القاضي (منها)

أي من الرقاع التي كتب بها أسماءهم (رقعة) بحسب الاتفاق كما تقدم ، (وقال : من خصم فلان المحبوس ؟) لأنه لا يمكنه الحكم إلا بذلك (فإن حضر له خصم بعث ثقة الحبس فأخرجه خصمه وحضر معه مجلس الحكم) فينظر بينهما لأنه لذلك ولي ، (ويفعل) القاضي (ذلك في قدر ما يعلم أنه يتسع زمانه للنظر فيه) من المحبوسين (في ذلك المجلس ، فلا يخرج غيرهم) في ذلك المجلس لعدم الفائدة فيه ، (فإذا حضر المحبوس وخصمه - لم يسأل خصمه فيم حبسه) لأن الظاهر أن الحاكم إنما حبسه لحق ترتب عليه ، (بل يسأل المحبوس : بم حبست ؟) فإن قال : حبست بحق . أمره بقضائه إن طلبه خصمه ، فإن أبى وله موجود قضاه منه أو من ثمنه ، وفي الشرح : قال له القاضي : اقضه وإلا رددتك إلى الحبس ، فإن ادعى عجزاً فقد تقدم في أول الحجر مفصلاً ، وإن أقام خصمه بينة بأن له ملكاً معيناً فقال : هو لزيد . فقد تقدم أيضاً هناك (ثم ينظر بينهما ، فإن كان حبس لتعدل البينة فإعادته) إلى الحبس (مبنية على حبسه على ذلك ، ويأتي في الباب بعده) تفصيل ذلك ، (ويثبت قول خصمه في أنه حبسه بعد تكميل بينته وتعديلها) لأنه مقتضى الظاهر ، (وإن) كان (حبس بقيمة كلب) ولو معلماً لصيد (أو خمر ذمي ، وصدقه غريمه) على ذلك (خلى) سبيله لأن ذلك غير متمول فلا غرم فيه ، (وإن أكذبه) خصمه (وقال : بل حبست بحق واجب غير هذا ، فـ)ـالقول (قوله) أي خصم المحبوس (لأن الظاهر حبسه بحق) واجب عليه ، (وإن) كان (حبس في تهمة أو افتيات على القاضي قبله أو) في (تعزير - خلى) القاضي (سبيله) إن رآه (أو أبقاه) في الحبس (بقدر ما يرى) إبقاءه فيه ، (وإن لم يحضر له خصم فقال : حبست ظلماً ولا حق على ولا خصم لي ، نادى) أي أمر من ينادي بذلك في البلد ويكرره حتى يغلب على الظن أنه لا غريم له ، وذلك معنى قوله عرفاً ، وقال في المقنع : ومن تبعه ثلاثاً لأن الغالب أن لو كان غريم لظهر في الثلاثة ولذلك قال في الإنصاف : إن المعني في الحقيقة واحد ، (فإن حضر له خصم) نظر بينهما كما تقدم ، (وإلا) أي وإن لم يظهر له خصم (أحلفه وخَلَّى سبيله) لأن الظاهر أنه لو كان له خصم لظهر ، (ومع غيبة خصمه يبعث إليه) ليحضر فينظر بينهما (ومع جهله) أي الخصم (أو تأخره بلا عذر - يخلى) سبيله ، (والأولى) أن يكون ذلك (بكفيل) لأن الظاهر حبسه بحق . (وينظر) القاضي (في مال الغائب) وتقدم فيما تفيده الولاية العامة ، (وإطلاقه) أي القاضي (المحبوس من الحبس وغيره) بأن كان محبوساً في موضع غير الحبس حكمه ، (وإذنه) في شيء (ولو في قضاء دين ونفقة فيرجع) القاضي للمدين أو المنفق حكمه ، (و) إذنه في (وضع ميزاب و) في (بناء وغيره) كإخراج جناح أو ساباط في درب نافذ حكم (الضمان) لم يتلف من ذلك ، (وأمره بإراقة نبيذ) حكم ، (وقرعته) في أي موضع شرعت فيه (حكم برفع الخلاف إن كان)

في المسألة خلافاً لصدوره عن رأيه واجتهاده كما لو صرح بالحكم ، قال الشيخ تقي الدين: في فسخ النكاح لتعذر النفقة ونحوها : الحاكم ليس هو الفاسخ وإنما يأذن أو يحكم به ، فمتى أذن أو حكم لأحد باستحقاق عقد أو فسخ لم يحتج بعد ذلك إلى حكم بصحته بلا نزاع ، لكن لو عقد هو أو فسخ فهو فعله ، وهل فعله حكم ؟ فيه الخلاف المشهور ، (وفتياه ليست حكماً منه ، فلو حكم غيره) أي القاضي (بغير ما أفتى به - لم يكن) ذلك (نقضاً لحكمه ، ولا هي) أي فتيا القاضي (كالحكم) إذ لا إلزام في الفتيا ؛ (ولهذا يجوز) للقاضي (أن يفتي الحاضر والغائب) بخلاف القضاء فإنه لا يجوز على الغائب إلا في مواضع مخصوصة ، (و) لكون فتياه ليست حكماً يجوز له أن يفتي (من يجوز حكمه له ومن لا يجوز) حكمه له كولده ووالده وزوجته ، (وتقدم بعضه في الباب قبله ، وإقراره) أي القاضي غيره (على فعل مختلف فيه) كتزويج بلا ولي فعل بحضرته أو بلغه وسكت عنه (ليس حكماً به) لأن الإقرار هو عدم التعرض وليس حكماً به ، (وفعله) أي القاضي الذي يفتقر إلى نظر واجتهاد ويستفيده بطريق ولاية الحكم (حكم كتزويج يتيمة) بلا ولي لها بإذنها إذا تم لها تسع سنين ، (وشراء عين غائبة) بالصفة ليفي بها دين مفلس ونحوه ، (وعقد نكاح) بلا ولي) ، ولهذا قال في المغني : وغيره في بيع ما فتح عنوة إن باعه الإمام لمصلحة رآها صح ، لأن فعل الإمام كحكم الحاكم ، وفيه أيضاً : لا شفعة فيها إلا أن يحكم ببيعها حاكم أو يفعله الإمام أو نائبه ، وفيه أيضاً أن تركها بلا قسمة وقف لها وإنما فعله الأئمة وليس لأحد نقضه . انتهى . بخلاف فعل لم يستفده بولاية حكم كبيع عقار نفسه لغائب أو ليتيم هو وصية أو وكالة ، فليس بحكم كما ذكره ابن قندس عن ابن شيخ السلامية (وتقدم آخر الصداق أن ثبوت سبب المطالبة كتقرير أجرة مثل و) تقرير (نفقة ونحوه) كتقرير صداق المثل ومسكن مثل وكسوة مثل - (حكم) فلا يغيره حاكم آخر ما لم يتغير السبب (وتأتي تتمته قريباً) وهي قوله فدل أن إثبات صفة كعدالة وجرح إلخ (قال الشيخ : القضاء نوعان : إخبار وهو إظهار ، و) الثاني (إبداء وأمر ، وهو إنشاء فالخبر يدخل فيه خبره عن حكمه وعن عدالة الشهود وعن الإقرار والشهادة ، والآخر) الذي هو الإنشاء (هو حقيقة الحكم أمر ونهي وإباحة ، ويحصل) الحكم (بقوله : أعطه ، ولا تكلمه ، وألزمه . و) يحصل أيضاً (بقوله : حكمت ، وألزمت) * قلت: وكل ما أدى هذا المعنى . (وحكمه) أي القاضي (بشيء حكم بلازمه) فلو حكم بصحة بيع عبد أعتقه من أحاط الدين بماله - كان حكماً بإبطال العتق السابق لأنه يلزم من صحة البيع بطلان العتق (ذكره الأصحاب في أحكام المفقود) قال في الانتصار في إعادة فاسق شهادته : لا تقبل؛ لأن رده لها حكم بالرد ، فقبولها نقض له فلا يجوز،

بخلاف صبي وعبد لإلغاء قولهما ، وقال الإمام أحمد في رد عبد : لأن الحكم قد مضى والمخالفة في قضية واحدة نقض مع العلم . (وثبوت شيء عنده) أي القاضي (ليس حكماً به) سوى اثبات سبب المطالبة كتقرير أجرةِ مثلٍ ، (وتنفيذ الحكم يتضمن الحكم بصحة الحكم المنفذ وفي كلام الأصحاب ما يدل على أنه حكم) كما يدل عليه كلام شارح المحرر والشارح الكبير ، (وفي كلام بعضهم أنه عمل بالحكم وإجازة له وإمضاء لتنفيذ الوصية) قال ابن نصر الله : والظاهر أنه ليس بحكم بالمحكوم به ؛ إذ الحكم بالمحكوم به تحصيل الحاصل ، وهو محال . انتهى . ومعنى التنفيذ المذكور أن يحصل من الخصم منازعة عند قاض آخر ويرفع إليه حكم الأول فيمضيه وينفذه ، ولزمه العمل بمقتضاه ، وأما التنفيذ المتعارف الآن المستعمل غالباً فمعناه إحاطة القاضي الثاني علماً بحكم القاضي الأول على وجه التسليم وأنه غير معترض عنده ، ويسمى اتصالاً ، ويجوز الثبوت والتنفيذ فيه ، ذكره ابن الغرش الحنفي . (والحكم بالصحة يستلزم ثبوت الملك والحيازة قطعاً) لأن الصحة فرع ذلك ، (والحكم بالموجَب) بفتح الجيم (حكم بموجب الدعوى الثانية ببينة أو غيرها) أي بما ترتب على الدعوى الثانية بذلك لأن موجب الشيء هو أثره الذي ترتب عليه ، (فالدعوى المشتملة على ما يقتضي صحة العقد المدعى به) من بيع أو نكاح أو غيرهما - (الحكم فيها بالموجَب حكم بالصحة) لأن الصحة من موجبه إذن ، (و) الدعوى (غير المشتملة على ذلك) أي ما يقتضي صحة العقد (الحكم بالموجب ليس حكماً بها) أي بالصحة (قاله ابن نصر الله) قال الغزي في شرح نظمه العمدة : الحكم بالموجب إذا كان مستوفياً لما يعتبر من الشرط في الحكم بالصحة كان أقوى وأعم ؛ لوجود الإلزامية فيه وتضمنه للحكم بالصحة ، كما إذا شهد عند الشهود أن هذا وقف وذكروا المصرف على وجه معين وكان مستوفياً لشروطه عنده ، فحكم بموجب شهادتهم - كان الحكم متضمناً للحكم بالصحة . قال السبكي : لكنه دونه في الرتبة ، ونظر فيه بعضهم ، (وقال السبكي) تقي الدين (وتبعه) الشيخ تقي الدين (ابن قندس : الحكمَ بالموجب يستدعي صحة الصيغة وأهلية التصرف ، ويزيد الحكم بالصحة كون تصرفه في محله ، وقال السبكي أيضاً : الحكم بالموجب هو الأثر الذي يوجبه اللفظ (و) الحكم (بالصحة كون اللفظ بحيث يترتب عليه الأثر وهما مختلفان ، فلا يحكم بالصحة إلا باجتماع الشروط ، وقيل : لا فرق بينهما في الإقرار) أي في الحكم به ، (والحكم بالإقرار ونحوه) كالنكول ، (فالحكم بموجبه في الأصح) لأن معناه الحكم بما ترتب عليه وذلك موجبه ، (والحكم بالموجب لا يشمل الفساد . انتهى .) ومعناه ما ذكر السبكي أيضاً قول من قال : موجبه يحتمل الصحة والفساد- ممنوع ؛ لأن اللفظ الصحيح يوجب حكماً واللفظ الفاسد لا يوجب شيئاً ، قال في

التنقيح بعد ما سبق : (والعمل على ذلك . وقالوا) أي الأصحاب : (الحكم بالموجب يرفع الخلاف) فلا يجوز لمن لا يراه نقضه حتى يتبين موجب لعدم صحة العقد * وحاصل الكلام أن الحكم الموجب حكم على العاقد يقتضي عقده ، لا حكم بالعقد ، ولا يخفى ما بنيهما من التفاوت ، قاله ابن نصر الله . وذكر الغزي فروقاً بين الحكم بالصحة وبين الحكم بالموجب منها ما سبق * ومنها أن العقد إذا كان صحيحاً بالاتفاق ووقع الخلاف في موجبه فالحكم بالصحة لا يمنع من العمل بموجبه عند غير الذي حكم بالصحة ، ولو حكم الأول فيه بالموجب امتنع العمل على الثاني ، مثاله التدبير صحيح بالاتفاق . وفي منعه البيع خلاف ، فإذا حكم بصحة التدبير لم يكن مانعاً من بيعه لمن يراه ، وإن حكم بموجبه من لايرى بيعه منع البيع * ومنها أن كل دعوى كان المطلوب فيها إلزام المدعى عليه بما ثبت عليه الحكم فيها بالإلزام هو الحكم بالموجب ، ولا يكون بالصحة لكن يتضمن الحكم بالموجب الحكم بالصحة إقراراً كان أو غيره * ومنها الحكم على الزاني والسارق بموجب الزنا والسرقة لا يدخله الحكم بالصحة * ومنها أن الحكم بالموجب يتضمن أشياء لا يتضمنها الحكم بالصحة ، فلو حكم بصحة عقد البيع لم يمنع ذلك إثبات خيار المجلس ولا فسخ المتعاقدين أو أحدهما . ولو حكم بموجبه والإلزام بمقتضاه امتنع التمكين من الفسخ . انتهى . وقد صنف الشيخ ولي الدين أبو زرعة العراقي الشافعي وريقات في الفرع بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب وأوردها الشيخ تقي الدين محمد الفتوحي في شرحه للمنتهى وهي نافعة جيدة موضحة لما سبق .



★ ★ ★

فصل

ثم ينظر القاضي (وجوباً في أمر يتامى ومجانين)

(ووقوف) على غير معين ، (ووصايا لا ولي لهم ولا ناظر) لأن الصغير والمجنون لا قول لهما ، وأرباب الوقوف والوصايا غير المعينين كالفقراء والمساكين والمساجد لا يعينون ، (ولو نفذ) القاضي (الأول وصية مُوصًى إليه أمضاها) القاضي (الثاني) ولم يعزله لأن الظاهر معرفة أهليته ، (فدل) ذلك (أن إثبات صفة كعدالة وجرح وأهلية موصى إليه وغيرها حكم يقبله حاكم آخر) ويجب عليه إمضاؤه وتنفيذه (لكن يراعيه) أي يراعي القاضي الموصى إليه لأن له الولاية العامة ، فيعترض عليه إن فعل ما لا يسوغ وتقدم مثله في ناظر الوقف ، (فإن تغير حاله) أي الموصى إليه ومثله الناظر بشرط (بفسق أو ضعف أضاف إليه أميناً) قوياً يعينه ليحصل مقصود الوصية ، (وإن كان) القاضي (الأول ما نفذ وصيته نظر) الثاني (فيه) أي في الموصى إليه (فإن كان

قوياً) أميناً (أقره ، وإن كان أميناً ضعيفاً ضم إليه من يعينه ، وإن كان فاسقاً عزله وأقام غيره) قال في شرح المنتهى : على الأصح . انتهى . وقدمه في الشرح ثم قال : وعلى قول الخرقي يضم إليه أمين ينظر عليه . انتهى . وقول الخرقي هو المذهب على ما تقدم ، وإن كان قد تصرف أو فرق الوصية وهو أهل للوصية نفذ تصرفه ، وإن كان ليس بأهل والموصى إليهم بالغين عاقلين صح دفعه إليهم لأنهم قبضوا حقوقهم ، (وينظر) القاضي الثاني (في أمناء الحاكم) قبله ، (وهم من رد إليه الحاكم النظر في أمر الأطفال وتفرقة الوصايا التي لم يعين لها وصي) من قبل الموصى (فإن كانوا بحالهم) من الأهلية (أقرهم) على ما هم عليه ، لأن القاضي قبله ولاهم وعلم منه أنهم لا ينعزلون بعزل القاضي ولا بموته بخلاف خلفائه في الحكم ، ولعل الفرق ما يلحق من الحرج والمشقة بعزلهم بإضاعة حقوق الأيتام المترتبة على ذلك ؛ ولذلك ذكروا في الوقف : لو فوض قاض النظر لواحد ليس لغيره نقضه . وعلله صاحب المنتهى من عنده بأنه لعلهم أي الأصحاب نزلوا تفويضه منزلة حكمه . فكذلك يقال هنا : (ومن تغير حاله) ممن نصب وصياً (عزله إن فسق) لعدم أهليته ، (وإن ضعف) مع عدالته (ضم إليه أميناً) ليقوى على التصرف ، (ثم ينظر فى أمر الضوال واللقط التي يتولى الحاكم حفظها) لئلا تضيع ، (فإن كانت مما يخاف تلفه كالحيوان أو) كان (في حفظها مؤنة باعها وحفظ ثمنها لأربابها) لأنه أحظ لهم ، (وإن كانت أثماناً حفظها لأربابها ، ويكتب عليها) لقطة أو نحوه (لتعرف) ولا تشتبه بغيرها ، (ثم ينظر في حال القاضي قبله إن شاء . ولا يجب) عليه ذلك لأن الظاهر صحة قضايا من قبله (فإن كان) من قبله (ممن يصلح للقضاء) لم يجز أن ينقض من أحكامه شيئاً لأنه يؤدي إلى نقض الحكم بمثله ويؤدي إلى أنه لا يثبت حكم أصلاً (إلا ما يخالف نص كتاب) الله تعالى (أو) نص (سنة متواترة أو آحاد كقتل مسلم بكافر ولو ملتزماً ، فيلزم نقضه نصاً ، و) كذا (جعل من وجد عين ماله عند من حجر عليه) لفلس (أسوة الغرماء ، فينقض نصاً) لأنه قضاء لم يصادف شرطه فوجب نقضه كما لو خالف الإجماع ؛ لأن شرط الاجتهاد عدم مخالفة النص والإجماع بدليل خبر معاذ بن جبل ، ولأنه إذا ترك الكتاب والسنة فقد فرط فوجب نقض حكمه ، كما لو خالف الإجماع . (ولو زوجت) المرأة (نفسها) وحكم به من يراه (لم ينقض) حكمه لاختلاف الأئمة في صحته ، (أو خالف ما) حكم به (إجماعاً قطعياً) فينقض (لعدم مصادفته شرطه) لما تقدم ، و (لا) ينقض ما خالف إجماعاً (ظنياً . وينقض حكمه بما لم يعتقده) إذا كان مجتهداً بخلاف المقلد وتقدم (وفاقاً للأئمة الأربعة ، وحكاه القرافي إجماعاً ، ويأثم ويعصى بذلك)

لقوله تعالى : ﴿لِتَحكُم بينَ النَّاس بما أرَاكَ الله﴾ [1] ، (ولو حكم بشاهد ويمين لم ينقض . وحكاه القرافي أيضاً إجماعاً) ويأتي في أقسام المشهود به أنه صلى الله عليه وسلم : « قَضَى بِشاهدٍ ويمينٍ في المال » ، (ولا ينقض حكمه بعدم علمه الخلاف في المسألة ، خلافاً لـ)ـلإمَام (مالك) لأن علمه بالخلاف لا أثر له في صحة الحكم ولا بطلانه حيث وافق مقتضى الشرع ، (ولا) ينقض حكمه أيضاً (لمخالفة القياس ولو) كان القياس (جلياً) لأن من الأحكام الشرعية ما ورد على خلاف القياس ، (وحيث قلنا بنقض) الحكم (فالناقض له حاكمه إن كان) موجوداً (فيثبت السبب) المقتضى عنده ، (وينقضه) حاكمه دون غيره . وقال الغزي : إذا قضى بخلاف النص والإجماع ، هذا باطل لكل من القضاة نقضه إذا رفع إليه . انتهى * قلت : وما ذكروه من أن الناقض له حاكمه ، إن كان لا يتصور فيما إذا حكم بقتل مسلم بكافر أو يجعل من وجد عين ماله عند مفلس أسوة الغرماء إذا كان الحاكم يراه ، وإنما ينقضه من لا يراه بدليل قولهم فيثبت السبب وينقضه ، (ولا يعتبر لنقضه طلب رب الحق) نقضه ولو كان الحق فيه لمعين لأن نقضه حق لله ، (وينقضه) أي ينقض الحاكم حكمه (إذا بانت البينة عبيداً أو نحوهم) كما لو كانوا أبناء المشهود له أو من أصوله (إن لم ير) الحاكم (الحكم بها ، وفي المحرر : له نقضه) ويحتمل أنه قاله في مقابلة المانع فلا ينافي كونه واجباً ، فلا خلاف ، (قال : وكذا كل مختلف فيه صادف ما حكم فيه ولم يعلم به) القاضي ثم تبين بعد ذلك فيثبت السبب وينقضه كعداوة البينة وعصبتهم وكون المبيع منذوراً عتقه نذر تبرر ونحوه . (قال السامري : لو حكم بجهل نقض حكمه) لعدم شرطه وهو الاجتهاد، (وإن كان) القاضي (ممن لا يصلح) للقضاء (لفسق أو غيره نقض أحكامه كلها) ولو وافقت الصواب لأن حكمه غير صحيح ، وقضاؤه بمنزلة العدم لفقد شرط القضاء فيه ، (واختار الموفق والشيخ وجمع : لا ينقض الصواب منها) قدمه في الكافي والمستوعب ، وصححه ابن المنجا ، وجزم به في الوجيز ، لأن الحق وصل إلى مستحقه فلا يجوز نقضه لعدم الفائدة فيه ، (وعليه عمل الناس من مدة) ذكره في الإنصاف .

★ ★ ★

فصل

إذا تخاصم اثنان

(فدعى أحدهما صاحبه إلى مجلس لزمته إجابته) في الحضور معه إلى مجلس

---

(١) سورة النساء الآية : ١٠٥ .

الحكم ، (فإن استعدى الحاكمَ أحدٌ على خصمه) أي طلب منه إحضاره (في البلد بما يتبعه الهمة - لزمه) أي الحاكم (إحضاره ولو لم يحرر الدعوى) لأن ضرر فوات الحق أعظم من حضور مجلس الحكم ، وقد حضر عمر وأبي عند زيد بن ثابت ، وحضر عمر وآخر عند شريح ، وسواء (علم) القاضي (أن بينهما) أي المستعدِي والمستعدَى عليه (معاملة أو لم يعلم) ذلك ، (وسواء كان المستعدِي ممن يعامل المستعدَى عليه أو لا يعامله كالفقير يدعي على ذي ثروة وهيبة ، فيبعث معه عوناً يحضره ، وإن شاء) القاضي (بعث معه) أي المستعدي (قطعة من شمع أو طين مختوماً بخاتمه أو في كاغد ونحوه ، فإذا بلغه لزمه الحضور) إلى مجلس الشرع ليخرج من العهدة ، (وإن شاء) المستعدى عليه (وكل) من يقوم مقامه إن كره الحضور ، (فإن امتنع) المستعدى عليه من الحضور (أو كسر الختم - أعلم الوالي به فأحضره) ولا يرخص له في تخلفه لئلا يكون وسيلة إلى ضياع الحقوق ، (فإذا حضر) بعد امتناعه (وثبت امتناعه - عزره) القاضي (إن رأى ذلك بحسب ما يراه من كلام وكشف رأس وضرب وحبس) لأن التعزير إلى رأيه ، (فإن اختفى) المستعدى عليه (بعث الحاكم من ينادي على بابه ثلاثاً بأنه إن لم يحضر سمر بابه وختم عليه) لتزول معذرته ، (فإن لم يحضر وسأل المدعِي أن يسمر عليه منزله ويختمه أجابه إليه ، فإن أصر) على الامتناع (حكم عليه كغائب) عن البلد فوق مسافة القصر ، ويأتي في الباب بعده ، (ولا يعدى حاكم في مثل ما لا تتبعه الهمة) لما فيه من ضرر الحضور إلى مجلس الحكم بالشيء التافه الذي لا يعادله ، (وفي عيون المسائل : لا ينبغي للحاكم أن يسمع شكية أحد إلا ومعه خصمه) بحيث يسمع شكواه ويرد جوابها ، (وإن استعداه على القاضي قبله أو على من في معناه كالخليفة والعالم الكبير والشيخ المتبوع وكل من خيف تبديله ونقص حرمته بإحضاره) ومن ذلك لو كان بالبلد حاكماً فأكثر واستعدى أحدهما على الآخر (لم يعده حتى يحرر دعواه بأن يعرف ما يدعيه ويسأله عنه ؛ صيانة للقاضي) ومن في معناه (عن الامتهان ، فإن ذكر) المستعدي (أنه يدعي حقاً من دين أو غصب أو رشوة أخذها منه على الحكم- راسله) لأن ذلك طريق إلى استخلاص الحق ، (فإن اعترف) القاضي ومن في معناه (بذلك - أمره بالخروج من العهدة) لأن الحق توجه عليه باعترافه ، (وإن أنكر أحضره) لأن ذلك تعين طريقاً إلى استخلاص حق المدعي ، (وإن ادعى) المستعدى (عليه) أي على القاضي المعزول (الجور في الحكم ، وكان للمدعب بينة) بدعواه (أحضره وحكم بالبينة) إذا شهدت في وجه القاضي وثبتت عدالتها كسائر الدعاوى ، (وإن لم تكن) للمدعى (بينة ، أو قال : حكم على بشهادة فاسقين ، فأنكر) القاضي (فقوله بغير يمين) لأنه لو لم يقبل قوله في ذلك لتطرف المدعى عليهم إلى إبطال ما عليهم من

الحقوق بالقول المذكور ، وفي ذلك ضرر عظيم ، واليمين تجب للتهمة ، والقاضي ليس من أهلها ، (وإن قال حاكم معزول عدل لا يتهم : كنت حكمت في ولايتي لفلان على فلان بحق ، وهو ممن يسوغ الحكم له) بأن يكون ممن تقبل شهادته له (قبل قوله) أي الحاكم ، (وأمضى ذلك الحق ولو لم يذكر) الحاكم (مستنده) الذي حكم به (ولو أن العادة تسجيل أحكامه وضبطها بشهود) لأن عزله لا يمنع من قبول قوله كما لو كتب كتاباً إلى قاضٍ آخر ثم عزل ووصل الكتاب بعد عزله لزم المكتوب إليه قبول كتابه ، ولأنه أخبر بما حكم به وهو غير متهم أشبه حال ولايته ، (ما لم يشتمل) الحكم الذي أخبر به الحاكم بعد عزله (على إبطال حكم حاكم ، فلو حكم) حاكم (حنفي برجوع واقف على نفسه ، فأخبر حنبلي أنه كان حكم قبل حكم الحنفي بصحة الوقف - لم يقبل) إخبار الحنبلي بالحكم المذكور ، قاله القاضي مجد الدين . قال ابن نصر الله : وهو تقييد حسن ينبغي اعتماده ، وكذلك قال في المبدع ، وهو حسن ، (وإن أخبر حاكم حاكماً آخر بحكم أو ثبوت في عملهما أو في غيره) أي غير عملهما (أو في عمل أحدهما) دون الآخر (قبل) المخبَر (وعمل به) المخبر بفتح الباء (إذا بلغ عمله) كما لو أخبره بحكمه بعد عزله ، و (لا) يقبل المخبر بفتح الباء ، ولا يعمل إذا أخبره بأنه ثبت عنده كذا ولم يحكم به (مع حضور المخبر) بكسر الباء (وهما بعملهما) لأن ذلك كنقل الشهادة فاعتبر فيه ما يعتبر في الشهادة ، وفي كلام المصنف شيء يزول بما قدرته ولعله سقط من الكاتب ، (وكذا إخبار أمير جهاد وأمين صدقة وناظر وقف) بعد عزله بما صدر منه في حال ولايته فإنه يقبل منه . قال في الانتصار : كل من صح منه إنشاء أمر صح إقراره به ، (وإن قال) الحاكم (في ولايته : كنت حكمت لفلان بكذا ، قبل قوله سواء قال : قضيت عليه بشاهدين عدلين ، أو قال : سمعت ببينة وعرفت عدالتهم، أو قال : قضيت عليه بنكوله ، أو : أقر عندي لفلان بحق فحكمت به) ، أو قال : حكمت ، ولم يضفه إلى بينة ولا غيرها لأنه يملك الحكم فملك الإقرار به كالزوج إذا أقر بالطلاق والسيد إذا أخبر بالعتق ، (وإن ادعى على امرأة برزة ، وهي التي تبرز لحوائجها أحضرها) لعدم العذر (ولا يعتبر لإحضارها في سفرها هذا) إن كان (محرم) لتعينه عليها (كسفر الهجرة) ولأنه حق آدمي وهو مبني على الشح والضيق ، (وإن كانت) المرأة المدعى عليها (مخدرة) لا تبرز لقضاء حوائجها (أمرت بالتوكيل) لأن الوكيل يقوم مقامها فلم تبذل من غير حاجة ولم يحضرها لما فيه من المشقة والضرر ، (فإن توجهت اليمين عليها بعث الحاكم أميناً معه شاهدان يستحلفها بحضرتهما) لأن إحضارها غير مشروع ، واليمين لا بد منها ، وهذا طريقه ، (وإن أقرت) بشيء (شهدا

عليها) به ليقضي الحاكم عليها لشهادتهما بطلب المدعى . (قال في الترغيب : إن خرجت للعزاء والزيارات ولم تكثر فهي مخدرة) فلا يحضرها القاضي بل توكل . (ومريض ونحوه) من ذوي الأعذار (كمخدرة) في أنه يؤمر بالتوكيل ولا يحضر للحرج والمشقة ، (وإن استعدى عنده على غائب في غير عمله لم يعد عليه) لأنه ليس مولى عليه (وإن كان) الغائب (في عمله) أي القاضي ، (وكان له) أي القاضي (في بلده) الذي به الغائب (خليفة) أي النائب ، (فإن كانت له) أي المدعي (بينة حاضرة وثبت الحق عنده) أي القاضي (كتب به) أي بما ثبت عنده (إلى خليفته) كما يكتب لغيره (ولم يحضره) أي الغائب لعدم الفائدة في إحضاره إذن ، (وإن لم يكن له) أي القاضي (فيه) أي البلد الذي به الغائب (خليفة ، وكان فيه من يصلح للقضاء أذن له في الحكم بينهما) فيكون نائباً عنه في تلك القضية ، (وإن لم يكن فيه من يصلح) للقضاء (كتب) القاضي (إلى ثقات من أهل ذلك الموضع ليتوسطوا به بينهما) لأن ذلك طريق إلى قطع الخصومة مع عدم المشقة الحاصلة بالإحضار ، (فإن لم يقبلا) أي الخصمان (الوساطة) أو تعذر من يتوسط بينهما (قيل) أي قال القاضي (له) أي المدعي : (حرر دعواك ، فإذا تحررت) دعواه (أحضر خصمه ولو بعدت المسافة) لأنه لا بد من فصل الخصومة وقد تعين بذلك ، (ولو ادعى قبله شهادة - لم تسمع دعواه ولم يعد عليه ولم يحلف) إذا أنكر خلافاً للشيخ تقي الدين . وقال : لو قال : أنا أعلمها ولا أؤديها - فظاهر ، ولو نكل - لزمه ما ادعى به إن قبل ضمانها موجب بضمان ما تلف ، ولا يبعد ، كما يضمن من ترك الإطعام الواجب كونه لا يحصل المقصود لفسقه وكتمانه لا يبقى ضمانه في نفس الأمر ، واحتج القاضي بالأول على أن الشهادة ليست حقاً على الشاهد ، ذكره في الفروع .



باب طريق الحكم وصفته

(طريق كل شيء ما توصل إليه) حكماً كان أو غيره ، (والحكم الفصل) أي فصل الخصومة ، وقد لا يكون خصومة كعقد رفع إليه ليحكم به فهو إلزام للعمل به ، والحكم لغةً : المنع ، وسمي القاضي حاكماً لأنه يمنع الظالم من ظلمه . (لا تصح دعوى وإنكار إلا من جائز التصرف) وهو المكلف الرشيد ، (وسيأتي) مفصلاً ، (وتسمع) الدعوى (في كل قليل) ولو لم تتبعه الهمة ، ولا ينافي ذلك أن القاضي لا يستعدى فيما لا تتبعه الهمة لما في الاستعداء من المشقة بسبب ما هو أسهل منها ، (أو) كل (كثير) ولم لو تجر عادة المدعي في المعاملة به لاحتمال صدقه ، ولا ضرر على المدعى عليه ؛ لأنه لا بد من بيان المدعي ، (وتصح) الدعوى (على سفيه فيما يؤاخذ به حال سفهه وبعد فك حجره) كالقصاص والطلاق والحد ، (ويحلف إذا أنكر) فيما يستحلف فيه ، (ولا تصح دعوى) في حق الله ، (ولا تسمع) دعوى في حق الله ، (ولا يستحلف في حق الله تعالى كعبادة) من صلاة وغيرها (وحد) كزنا وسرقة (ونذر وكفارة ونحوه) كيمين الله تعالى ، (فلو ادعى عليه أن عليه كفارة يمين أو غيره) من الكفارات (أو) أن عليه (صدقة فالقول قوله) أي المدعى عليه (من غير يمين) لأن الناس لا يستحلفون على صدقاتهم ، (ويأتي في) باب (اليمين في الدعاوى) بأوضح من هذا ، (وتسمع) الدعوى (بوكالة ووصية من غير حضور خصم) مدعى عليه ، قاله في الاختيارات في مسألة الوكالة ، ونقله منها عن أحمد . ولو كان الخصم في البلد، (ولا تصح الدعوى المقلوبة) بأن يترافع اثنان إلى حاكم فقال أحدهما : أدعي على هذا أونه يدعي على ديناراً مثلاً فاستخلص له أنه لا حق له قبل ، فلا يسمع منه ذلك ، وسميت مقلوبة لأن المدعي فيها يطلب أن يعطى المدعى عليه ، والمدعي في غيرها يطلب أن يأخذ من المدعى عليه فانقلب فيها القصد المعتاد ، وتقبل بينة عتق ولو أنكره أي العتق (عبد) لأنه حق لله ، وكذا بطلاق ، (وتصح الشهادة به وبحق الله تعالى كالعبادات والحدود والصدقة والكفارة من غير تقدم دعوى) بذلك (فشهادة الشهود به دعوى ، وكذا) تقبل الشهادة (بحق آدمي غير معين كوقف على فقراء أو علماء أو مسجد أو وصية له) أي للمسجد (أو رباط وإن لم يطلبه مستحقه) لأن الحق فيه لم يتعين لواحد بعينه ، أشبه حق الله تعالى ، (وكذا عقوبة كذاب مفترٍ على الناس والمتكلم فيهم) بما يوجب تعزيراً ، (قاله الشيخ) وقياسه من يغش الناس ، (وتسمع دعوى حسبة في حق الله تعالى كحد وعدة وردة وعتق واستيلاد وطلاق وظهار ونحو ذلك ، قاله في الرعاية وغيرها) هذا مقابل ما سبق من قوله : ولا تسمع في حق الله تعالى، والأول هو المذهب ، وعليه الأصحاب ، ذكره في الإنصاف (وتقبل شهادة المدعي فيه)

أي في حق الله تعالى لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً ، (ولا تقبل يمين في حق آدمي معين إلا بعد الدعوى وشهادة الشاهد إن كان) هناك شاهد وقلنا يقضي بالشاهد واليمين ، (ولا تسمع معه الشهادة فيه) أي في حق الآدمي المعين (قبل الدعوي) بحقه وتحريرها (واختار الشيخ سماع الدعوى والشهادة لحفظ وقف وغيره بالثبوت بلا خصم) قال في الاختيارات : بالثبوت المحض يصح بلا دعوى عليه ، وقد ذكره قوم من الفقهاء ، وفعله طائفة من القضاة ، (وأجازهما) أي الدعوى والشهادة (الحنفية وبعض أصحابنا و) بعض (الشافعية في العقود والأقارير وغيرها بخصم مسخر) بمعنى أنه يظهر النزاع وليس منازعاً في الحقيقة ، (وقال الشيخ : وأما على أصلنا وأصل المسخر فتثبت الحقوق بالشهادة على الشهادة . وقال بعض أصحابنا : وإما أن تسمع الدعوى والبينة ويحكم بلا خصم . وذكره بعض المالكية و) بعض (الشافعية ، وهو مقتضى كلام) الإمام (أحمد وأصحابه في مواضع لأنا نسمعها على غائب وممتنع ونحوه) كميت ، (فمع عدم خصم أولى ؛ فإن المشترى مثلا قبض المبيع وسلم الثمن فلا يدعي عليه ، والمقصود سماع القاضي البينة وحكمه بموجبها من غير وجود مدعى عليه ومن غير مدع على أحد لكن خوفاً من حدوث خصم مستقبل وحاجة الناس خصوصاً فيما فيه شبهة أو خلاف لرفعه . انتهى) . قال في التنقيح : (وعمل الناس عليه ، وهو قوي) أي النظر * قلت : وإذا حكم على هذا الوجه وإن كان مقابلا لما قدموه لم ينقض حكمه ، لأنه لم يخالف نصاً ولا إجماعاً . انتهى .



« فصل في كيفية معاملة القاضي للخصوم »[(١)]

إذا جاء إلى الحاكم خصمان سن أن يجلسهما بين يديه ؛ لما روى أبو داود أن النبي ﷺ « قضى أنْ يجلسَ الخصْمَانِ بَينَ يَدَيْ الحَاكِمِ » ؛ ولقول عمر : « وَلَكِنْ أجْلِسُ مَعَ خَصْمِي مَجْلساً بينَ يَدَي زَيْد » ، وقال علي حين خصام اليهودي درعه إلى شريح : « لَوْ أنَّ خَصْمِي مُسْلِمٌ لجَلَسْتُ مَعَهُ بَينَ يَدكَ » . (ثم إن شاء) القاضي (قال) للخصمين : (من المدعي منكما ؟) لأن سؤاله عن الدعوى منهما لا تخصيص فيه لواحد منهما ، (وإن شاء) القاضي (سكت حتى يبتدئا) أي حتى تكون البداءة بالكلام من جهتهما ، (ولا يقول هو) أي القاضي (ولا صاحبه) أي القائم على رأسه (لأحدهما : تكلم) لأنه تخصيص لأحدهما بما لا يختص به ، (فإن بدأ أحدهما) أي أحد الخصمين (فتكلم : فقال خصمه : أنا المدعى . لم يلتفت) الحاكم (إليه ، ويقال له : أجب) خصمك

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس موجودًا فى أى من النسخ .

(عن دعواه ثم ادع بما شئت) لأنه سبق إلى مباح ، (فإن ادعيا معاً قدم أحدهما بقرعة) لأنه لا مرجح غيرها ، (فإذا انقضت حكومته سمع دعوى الآخر) لأن الأول استوفى حقه ، (فإذا حرر) المدعي (قال) القاضي (للخصم) المدعى عليه : (ما تقول فيما ادعاه ؟) لأن شاهد الحال يدل على طلب المطالبة فإن إحضاره والدعوى إنما تراد ليسأل الحاكم المدعى عليه ، (فإن أقر له ولو بقوله نعم) لأنها صريحة في الجواب كما تقدم في النكاح والطلاق ويأتي في الإقرار (لم يحكم) القاضي (له) أي للمدعي (حتى يطالب المدعي بالحكم) لأن الحكم عليه حق له فلا يستوفيه إلا لمسألة مستحقة ، (والحكم أن يقول) الحاكم : (قد ألزمتك ذلك ، أو قضيت عليك له ، أو يقول : اخرج إليه منه ، وتقدم نظيره في الباب قبله . وإن أنكر مثل أن يقول المدعي : أقرضته ألفاً ، أو بعته) كذا بكذا (فيقول) المدعى عليه : (ما أقرضني ولا باعني ، أو ما يستحق علي ما ادعاه ولا شيئاً منه ولا حق له عليَّ - صح الجواب) لنفيه عين ما ادعى عليه ؛ ولأن قول: لا حق له علي : نكرة في سياق النفي فتعم بمنزلة قوله : ما يستحق علي ما ادعاه ولا شيئاً منه (ما لم يعترف) المدعى عليه (بسبب الحق كما إذا ادعت) امرأة (علىَ من يعترف بأنها زوجته المهر ، فقال : لا تستحق علي شيئاً . لم يصح الجواب ويلزمه المهر إن لم يقم بينة بإسقاطه) ، وكذا لو ادعت عليه نفقة وكسوة وقلنا لا نقبل قوله إلا ببينة، (كجوابه في دعوى قرض اعترف به : لا يستحق عليَّ شيئاً ؛ ولهذا لو أقرت في مرض موتها) أنها (لا مهر لها عليه - لم يقبل) إقرارها (إلا ببينة) أنها أخذته (مطلقاً أو أسقطته في الصحة) لأن إقرار المريض لوارثه كالوصية ، وإبراؤه له عطية وحكمها حكم الوصية . (ولو قال) المدعى عليه (لمدعٍ ديناراً) مثلاً : (لا يستحق علي حبة . فليس بجواب عن ابن عقيل ؛ لأنه لا يكتفي في دعوى إلا بنص ، ولا يكتفى بالظاهر ؛ ولهذا لو حلف) المدعي مع شاهده مثلاً : (والله إني لصادق فيما ادعيته عليه، أو حلف المنكر أنه) أي المدعي (لكاذب فيما ادعاه عليَّ يقبل) منه ذلك ويحلف على طبق الدعوى في الأولى وعلى طبق الجواب في الثانية كما يأتي . (وعند الشيخ يعم الجهات و) يعم (ما لم يندرج في لفظ حبة من باب الفحوى إلا أن يقال يعم حقيقة عرفية ، و) قال في تصحيح الفروع : قلت : (الصواب ما قاله الشيخ) تقي الدين ، وهو الظاهر . انتهى . قال الأزجي : لو قال : لك علي شيء . فقال : ليس لي عليك شيء ، وإنما لي عليك ألف درهم - لم يقبل منه دعوى الألف لأنه نفاها بنفي لي عليك شيء ، ولو قال : لي عليك درهم . فقال : ليس لك عليَّ درهم ولا دانق ، وإنما لي عليك ألف - قبل منه دعوى الألف ؛ لأن معنى نفيه : ليس حقي هذا القرار . قال : ولو قال : ليس لك علي شيء إلا درهم - صح ذلك . (ولو قال) المدعي للمدعى عليه: (لي عليك مائة ، فقال) المدعى عليه جواباً له : (ليس لك علي مائة - اعتبر قوله :

ولا شيء منها كاليمين) أي كما لو حلف ، فلا بد أن يقول : ليس له علي مائة ولا شيء لأن نفيه المائة لا ينفي ما هو أقل منها ، (فإن نكل) المدعى عليه عن الحلف على (ما دون المائة) بأن حلف أنه لا يستحق عليه مائة ونكل عن قوله : ولا شيء منها - (حكم عليه بمائة إلا جزءاً) من أجزاء المائة . (وللمدعي) إذا أنكر المدعى عليه (أن يقول : لي بينة) لأن الحق له والبينة طريق إلى تخليصه ، (وللحاكم أن يقول) للمدعي (ألك بينة ؟) لقوله صلى الله عليه وسلم للحضرمي : « لَكَ بَيِّنَةٌ ؟ قَالَ : لا » رواه مسلم ، وفيه : « فَلَكَ يَمِينُهُ » . فإن كان المدعي عارفاً بأنه موضع البينة خير الحاكم بين أن يقول ذلك وبين السكوت ، (فإن قال) المدعي : (لي بينة . قيل) أي قال (له) القاضي : (إن شئت فأحضرها) قال في المغني : لم يقل أحضرها ؛ لأن ذلك حق له فله أن يفعل ما يرى ، (فإذا أحضرها) المدعي (لم يسألها الحاكم عما عندها حتى يسأله المدعي ذلك) لأنه حق له ، (فإن سأله المدعي سؤالها قال : من كانت عنده شهادة فليذكرها إن شاء ، أو يقول : بم تشهدان ؟ ولا يقول لهما : اشهدا) لأنه أمر ، وكان شريح يقول للشاهدين : ما أنا دعوتكما ولأنها كما ترجعا ، وما يقضي على هذا المسلم غيرهما ، وإني بكما أقضى اليوم وبكما أتقي يوم القيامة . (وليس له) أي القاضي (أن يلقنهما) الشهادة ، وفي المستوعب : لا ينبغي . وفي الموجز : يكره . (كتعنيفهما) أي تعنيف الشاهدين (وانتهارهما) لأنه ربما حملهما أو غيرهما على كتمان الشهادة وعدم أدائها فتضيع الحقوق ، (فإذا شهدت البينة شهادة صحيحة واتضح الحكم لم يجز ترديدها) أي البينة (ولزمه في الحال أن يحكم) ولا يجوز له تأخيره لما فيه من تأخير الحق عن موضعه (إذا سأله المدعي) الحكم (إن كان الحق) في الحكم (لآدمي معين)، وليس له الحكم بدون سؤال صاحب الحق لأن الحكم حق له فلا يستوفى إلا بمسألته . (وتقدم إن كان) الحكم (لغير معين) كالوصية والوقف على نحو الفقراء (أو لله تعالى) كالحدود والكفارات والعبادات فيحكم إذا اتضح له الحكم إن لم يسأله أحد الحكم . (وإذا حكم) الحاكم بشرطه (وقع الحكم لازماً لا يجوز الرجوع فيه ولا نقضه) منه ولا من غيره (إلا بشرطه المتقدم في باب آداب القاضي ، ويأتي بعضه آخر الباب) أي إذا خالف نصاً أو إجماعاً أو ما يعتقده ، (ولا يجوز) الحكم (ولا يصح الحكم بغير ما يعلمه) وقال في الترغيب وغيره : (بل يتوقف) ومع اللبس يأمن الصلح ، فإن عجل فحكم قبل البيان حرم ولم يصح ؛ لأنه حكم بالجهل . قال أبو عبيد : إنما يسعه الصلح في الأمور المشكلة أما إذا استنارت الحجة فليس له ذلك ، وروى عن شريح أنه ما أصلح بين المتحاكمين إلا مرة واحدة ، وعن عمر أنه قال : « ردوا الخصوم حتى يصطلحا ، فإن فصل القضاء يحدث بين الناس الضغائن » . (ولا خلاف أنه يجوز له الحكم بالإقرار

والبينة في مجلسه) وهو محل نفوذ حكمه (إذا سمعه شاهدان) لأن التهمة الموجودة في الحكم بالعلم منتفية هنا ، (فإن لم يسمعه) أي الإقرار والبينة (معه) أي مع الحاكم (أحد أو سمعه) معه (شاهد واحد ، فله) الحكم (أيضاً) نص عليه في رواية حرب لأن الحكم أيضاً ليس بمحض الحكم بالعلم ، ولا يضر رجوع المقر ، قال القاضي : لا يحكم به لأنه حكم بعلمه ، (والأولى) أن يحكم (إذا سمعه معه شاهدان) خروجاً من الخلاف ، (فأما حكمه بعلمه في غير ذلك مما رآه أو سمعه قبل الولاية أو بعدها فلا يجوز) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « إنما أنَا بَشَرٌ مِثلُكُمْ وإنكُمْ تختَصِمُونَ إليَّ ، ولَعَلَّ بعضكم ألْحَنَ بحُجَّتِه مِن بعضٍ فأقضي لهُ عَلى نحوِ ما أسْمَعُ » [1] متفق عليه . فدل على أنه يقضي بما سمع لا بما علم ، وفي حديث الحضرمي والكندي : « شَاهِدَاكَ أوْ يمِينُهُ . لَيْسَ لكَ مِنْهُ إلا ذَلِكَ » [2] رواه مسلم . وقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه: « لو رأيتُ رجُلا عَلى حَدٍّ مِنْ حُدُودِ الله ، قالَ : ما أُحَدِّثُهُ ولا دَعَوْتُ لَهُ أحَداً حتى يكُونَ مَعِي غَيرِي » حكاه أحمد ، (إلا في الجرح والتعديل) فيعمل بعلمه في ذلك؛ لأن التهمة لا تلحقه في ذلك ؛ لأن صفات الشهود معنى ظاهر ، بل قال القاضي وجماعة : ليس هذا بحكم لأنه يُعدل هو ويجرح غيره ويجرح هو ويعدل غيره ، ولو كان حكماً لم يكن لغيره نقضه ، وفي الطرق الحكمية إن الحكم بالاستفاضة ليس من حكمه بعلمه فيحكم بما استفاض وإن لم يشهد به أحد عنده ، (ويحرم الاعتراض عليه) أي على الحاكم (لتركه تسمية الشهود) المحكوم بهم ، ذكره القاضي وابن عقيل وغيرهما ، (وقال الشيخ : له) أي المحكوم عليه (طلب تسمية البينة ليتمكن من القدح بالإيقان ، قال في الفروع : ويتوجه مثله) أي مثل تركه تسمية الشهود ، (ولو قال : حكمت بكذا ، ولم يذكر مستنده) من إقرار أو بينة أو نكول (قال في الرعاية : لو شهد أحد الشاهدين ببعض الدعوى) قال الحاكم في علامته التي يصفها بالوثيقة (شهد عندي بما وضح به خطه ، فيه أو) يكتب (عادة حكام بلده) أي ما جرت به عادتهم في الإمضاء ، (وإن كان الشاهد عدلاً كتب) القاضي (تحت خطه) بشهادته : (شهد عندي بذلك ، وإن قبله كتب : شهد بذلك عندي ، وإن قبله غيره) من الحكام (أو أخبره) حاكم آخر (بذلك) أي بأنه مقبول (كتب) الحاكم بعد شهد عندي بذلك :

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في كتاب المظالم : باب إثم من خاصم في باطل وهو يعلمه ، وأخرجه مسلم في كتاب الأقضية : باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة ، راجع اللؤلؤ والمرجان (١١١٤) .

(٢) الحديث أخرجه مسلم في الصحيح ١٢٣/١ كتاب الإيمان : باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم في حقه .

(وهو مقبول . فإن لم يكن الشاهد مقبولاً كتب) القاضي : (شهد بذلك) لئلا يفضحه، (وقال للمدعي : زدني شهوداً ، أو زد شاهدك . انتهى) كلام الرعاية . (وليكن للقاضي علامة يعرف بها من بين الحكام ، نحو الحمد لله وحده ، أو غير ذلك) ليحصل التمييز ، (ويكون) ذلك (بقلم غليظ ، ولا يغيرها) لئلا يزور عليه ، (إلا أن يكون نائباً فينفي أصلاً أو ينتقل من بلد إلى بلد فلا يحصل لبس ، ويكتبها) أي العلامة (فوق السطر الأول تحت البسملة من حذاء طرفها ، وتكون) العلامة (بعد أداء الشهادة وتأمل الحجة المكتتبة) والتحرز مما عساه يدخله الموثق مما اعتادوه وإن لم يصدر بحسب الصناعة ، (ويكتب تحت العلامة : جرى ذلك ، أو ثبت ذلك ، أو ليشهد بثبوته والحكم بموجبه ، ونحو ذلك بحسب ما يقتضي المقام) * قلت : والأولى عادة بلده . ولو ذكر كلام الرعاية هنا كان أنسب ، (وإن كتب المزكى خطه فالأولى أن يكون تحت خط الشاهد في المكتوب فيكتب إن فلاناً بن فلان الواضع خطه أعلاه عدل فيما يشهد به ، وبرقم القاضي في المكتوب عند شهادة الشاهد بالقلم الغليظ أيضاً كما تقدم إن شاء بخط واحد يعم الشهود ، (نحو شهدا عندي) إن كانا اثنين (أو شهد الثلاثة أو الأربعة ، أو أفرد) القاضي (كل واحد) من الشهود (بخط) تحت خط الشاهد ، (وإن كان الشاهد جليل القدر كالأمير ونحوه) كالعالم الكبير وقاضٍ آخر (كتب) الحاكم (أعلمني بذلك بلفظ الشهادة ، وإن كان المكتوب فيه) الوقف ونحوه (أوصالاً شغل كل موضع وصل بكلمة بقلم العلامة نحو ثقتي بالله أو حسبي الله ونحوه كالبياض) أي كما يشغل البياض في المكتوب بشيء من ذلك احتياطاً * قلت : والعادة الآن شغله بختم في كل موضع وصل ، وهو حسن إذ الغرض الاحتياط فكل ما أدى إليه حصل المقصود ، وكل ما تقدم أو غالبه طريقة المتقدمين ، وقد اعتيد الآن خلافها ولذلك تقدم عن الرعاية: أو عادة بلده .



« فصل في حكم عدم بينة المدعي »(١)

وإن قال المدعي : مالي بينة ، فقول المنكر بيمينه ؛ للخبر ولأن الأصل براءة ذمته ، (إلا النبي ﷺ إذا ادُّعِي عليه أو ادعى هو) صلى الله عليه وسلم على أحد (فقوله بلا يمين) لعصمته * قلت : وكذا سائر الأنبياء لتعليلهم بالعصمة ، والكل معصومون قبل النبوة وبعدها . (فَيُعْلِمُ) الحاكم (المدعي) الذي لا بينة له (أن له اليمين على خصمه) لأنه موضع الحاجة ، (فإن سأل إحلافه أحلفه) لأن اليمين طريق إلى تخليص حقه فلزم

(١) العنوان من وضع المحقق للإيضاح وليس موجوداً فى أى النسخ .

الحاكم إجابة المدعي إليها لسماع البينة ، وخلى سبيله أي المدعى عليه بعد إحلافه لأنه لم يتوجه عليه حق ، (وليس له) أي القاضي (استحلافه) أي المدعى عليه (قبل سؤال المدعي) لأن اليمين حق له كنفس الحق ويمين المنكر على المقر ، (فإن أحلفه) القاضي قبل سؤال المدعي لم يعتد بيمينه ، أو حلف المدعى (عليه قبل سؤال المدعي) تحليفه وسؤال الحاكم له (لم يعتد بيمينه) لأنه أتى بها في غير وقتها ، (فإن سأله المدعي أعادها) له لأن الأولى لم تكن يمينه (ولا بد في اليمين) التي تقطع الخصومة (من سؤال المدعي) لها (طوعاً) لأن فعل المكره لا اعتداد به ، (و) مِنْ (أذن الحاكم فيها) فلو حلف قبل إلقاء الحاكم الحلف عليه لم تنقطع الخصومة ، وللمدعي تحليفه بعد ذلك ، وتقدم ، (وله) أي للمدعي (مع الكراهة تحليفه مع علمه بكذبه وقدرته على حقه نصاً) أما كونه له ذلك ؛ فلأنه يتوصل به إلى حقه ، وأما كونه يكره له ذلك ؛ فلأنه يحمله على اليمين الكاذبة ، وفي ذلك شيء . وعبارة المنتهى : ولو علم عدم قدرته على حقه ، ويكره . قال في شرحه : أما في كونه يكره له إحلافه في الحالة المذكورة ؛ فلأنه ربما يضطره إلى اليمين لخوفه على نفسه من الحبس إذا أقر لعسرته . انتهى . وهو ظاهر بخلافه مع القدرة ، (ويحرم تحليف البريء) مما ادعى به عليه لأنه ظلم له ، (دون الظالم) فلا يحرم تحليفه إياه كما تقدم ، (و) تحرم (دعواه ثانياً وتحليفه) ثانياً كالبريء؛ وهذا المذهب كما في الإنصاف ، وقال في المستوعب والترغيب والرعاية : له تحليفه عند من جهل حلفه عند غيره ؛ لبقاء الحق بدليل أخذه بينة ، (وتكون يمينه على صفة جوابه لخصمه) لأنه لا يلزمه أكثر من ذلك الجواب فيحلف عليه لا على صفة الدعوى ، (ولا يصلها) أي اليمين (باستثناء) لأنه يزيل حكم اليمين ، (ولا) يصلها أيضاً (بما لا يفهم) لاحتمال أن يكون استثناء ، (وتحرم التورية والتأويل) ؛ لحديث : « يمينك على ما يصدقك به صاحبك » ، (إلا لمظلوم) كمن يستحلفه ظالم : ما لفلان عندك وديعة ؟ فينوي بما الذي ونحوه مما تقدم في باب التأويل ، (وقال) الإمام أحمد (أيضاً لا يعجبني) أي أن يحلف على مختلف فيه لا يعتقده ، فلو باع شافعي حنبلياً لحماً متروك التسمية بدينار مثلاً ثم ادعى عليه به ، فأجاب الحنبلي أنه لا حق له عليَّ ، فالتمس المدعي يمينه على حسب جوابه ، فمقتضى نص الإمام ألا يحلف لأنه يقطع بهذه ما يعتقده المدعي مالاً عنده ، وحمل الموفق النص على الورع لأن المدعى عليه لا يعتقد أن في ذمته شيئاً لعدم صحة بيع ذلك في اعتقاده ، (وتوقف) الإمام أحمد (فيها) أي في اليمين (فيمن عامله بحيلة كعينة) أي كمسألة العينة إذا كان المدعى عليه لا يراها ، هل يحلف أن ما عليه إلا رأس المال . نقله حرب . قال القاضي : لأن يمينه هنا على القطع، ومسائل الاجتهاد ظنية ، وقال في الفروع في الشفعة : ولو قدم من لا يراها لجار إلى حاكم لم يحلف ، وإن أخرجه خرج ، نص عليه وقال : لا يعجبني الحلف على أمر

اختلف فيه . (ولو أمسك) المدعي (عن إحلافه) أي المدعى عليه بعد الدعوى (وأراده) أي أراد المدعي إحلافه (بعد ذلك بدعواه المتقدمة ، فله) أي المدعي (ذلك) أي تحليفه بالدعوى السابقة من غير تجديد لها لأن حقه لا يسقط بالتأخير ، (ولو برأه) المدعي (من يمينه برأ منها في هذه الدعوى) فقط ، (فلو جددها) أي الدعوى (وطلب اليمين فله ذلك) لأن حقه لم يسقط بالإبراء من اليمين ، وهذه الدعوى غير التي برأه من اليمين فيها . (ولا يجوز أن يحلف المعسر : لا حق له عليَّ ، ولو نوى الساعة خاف أن يحبس أو لا) نقله الجماعة عن أحمد ، وجوزه في الرعاية بالنية ، قال في الفروع : وهو متجه ، قال في الإنصاف : وهو الصواب إن خاف حبساً ، (ولا) يجوز أن يحلف (من عليه دين مؤجل إذا أراد غريمه منعه من سفر) حتى يوثقه برهن بجواز أو كفيل فأنكر الدين فلا يجوز له أن يحلف ولو أراد الساعة لأنه ظالم فلا ينفعه التأويل ، (وإن لم يحلف) المدعى عليه قال له (الحاكم : إن حلفت ، وإلا قضيت عليك بالنكول) لأن النكول ضعيف فوجب اعتضاده بذلك ، (ويستحب أن يقول) ذلك (ثلاثاً) إزالة لمعذرته ، (وكذا يقول) الحاكم للمدعى عليه (في كل موضع قلت يستحلف المدعى عليه، فإن لم يحلف) المدعى عليه (قضى عليه) بالنكول (إذا سأله المدعي ذلك) لأن عثمان قضى على ابن عمر بنكوله ، رواه أحمد ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « اليَمينُ عَلَى المدَّعَى عَلَيْهِ » فحصرها في جهته فلم تشرع لغيره ، وسواء كان المدعى عليه مأذوناً له أو مريضاً أو غيرهما . (وهو) أي النكول (كإقامة بينة لا كإقرار) بالحق لأنه لا يتأتى جعله مقراً مع إنكاره (ولا كبذل) الحق لأن البذل قد يكون تبرعاً ولا تبرع هنا لكن لا يشارك من قضي له بالنكول على محجور عليه لفلس غرمائه لاحتمال التواطؤ ، (ولا ترد اليمين على المدعي) لما تقدم من حصره صلى الله عليه وسلم لها في جهته ، (وإذا قال المدعي : لي بينة ، بعد قوله : مالي بينة ، لم تسمع) لأن سماع البينة قد تحقق كذبه فيعود الأمر على خلاف المقصود ، (وكذا قوله : كذب شهودي ، أو كل بينة أقمتها فهي زور) ، أو باطلة ، أو فلا حق لي فيها فلا تسمع بينته كما لو قال : مالي بينة ، (وأولى) لأنه أصرح في تكذيب شهوده ، (ولا تبطل دعواه بذلك) أي بقوله : كذب شهودي أو : كل بينة أقيمها فهي زور وباطلة ، فله تحليف المدعى عليه لأنه قد يكون الحق لا بينة به ، (وإن قال) المدعي : (لا أعلم لي بينة ، ثم قال بينة سمعت) بينته لأنه يجوز أن يكون له بينة لا يعلمها ، ونفي العلم بها ليس نفياً لها ، فلا يكون مكذباً لها ، (وإن) قال : لا أعلم لي بينة فـ(ـقالت بينة : نحن نشهد لك ، فقال : هذه بينتي- ـسمعت) وهي أولى من التي قبلها لأنه لا تهمة فيه ، (لكن لو شهدت) البينة (له بغيره) أي غير ما ادعاه (فهو مكذب لها) فلا تسمع ، واختار في المستوعب تقبل، فيدعيه ثم يقيمها ، وفي الرعاية : إن قال : أستحقه وما شهدوا به وإنما ادعيت بأحدهما

لأدعي الآخر وقتاً آخر ، ثم شهدوا به - قبلت ، (وإن ادعى شيئاً فأقر) المدعى عليه (له بغيره لزمه) ما أقر به (إذا صدقه المقر له) مؤاخذة له بإقراره ، (والدعوى بحالها) فللمدعي إقامة البينة أو تحليفه ، (ولو سأله) المدعي (ملازمته) أي المدعى عليه (حتى يقيمها) أي البينة (أجيب) إلى ملازمته ما دام القاضي (في المجلس) لأن ذلك ضرورة إقامتها فإنه لو لم يتمكن من ملازمته لذهب من مجلس الحكم ولا يمكن من إقامتها إلا بحضوره وتفارق البينة البعيدة ومن لا يمكن حضورها ، فإن إلزامه الإقامة إلى حين حضورها يحتاج إلى حبس أو ما يقوم مقامه ولا سبيل إليه ، (فإن لم يحضرها) أي البينة (في المجلس صرفه ، ولا يجوز حبسه ، ولا يلزم بإقامة كفيل ولو سأله) أي القاضي (المدعي ذلك) أي حبسه أو إقامة كفيل ؛ لأنه لم يثبت عليه شيء ، (وإن قال) المدعي للبينة : (ما أريد) أن تشهدوا لي - لم يكلف إقامة البينة) لأن الحق له فإن شاء استوفاه أو تركه ، (وإن قال : لي بينة وأريد يمينه ، فإن كانت غائبة عن المجلس قريبة أو بعيدة فله إحلافه) لأن ذلك يصير طريقاً إلى استخلاص الحق ، (وإن كانت) البينة (حاضرة فيه) أي المجلس (فليس له) أي للمدعي (إلا إحداهما) فإن فصل الحكومة ممكن بإحضار البينة فلا حاجة إلى اليمين ، (وإن حلف المنكِر) مع غيبة البينة (ثم أحضر المدعي بينته - حكم) له (بها ولم تكن اليمين مزيلة للحق) لقول عمر : البينة الصادقة أحب إلي من اليمين الفاجرة ؛ ولأن كل حال يجب عليه فيها الحق بإقراره يجب عليه البينة ، كما قبل اليمين ؛ ولأن اليمين لو أزالت الحق لاجترأ الفسقة على أموال الناس ، (ولو سأل المدعي إحلافه) أي المدعى عليه (ولا يقيم البينة ، فحلف ، كان له) أي المدعي (إقامتها) لأن البينة لا تبطل بالاستحلاف كما لو كانت غائبة عن البلد ، (وإن كان له) أي المدعي (شاهد واحد في المال أو ما يقصد منه المال) كالوكالة في المال (عرفه الحاكم أن له أن يحلف مع شاهده ويستحق بلا رضا خصمه) لما يأتي في الشهادات من أنه صلى الله عليه وسلم قضى باليمين والشهادة ، (فإن قال) المدعي : (لا أحلف وأرضى يمينه - استحلف له) كما لو لم يكن أقامه ، (فإذا حلف سقط عنه الحق) أي انقطعت الخصومة كما يعلم مما تقدم وما يأتي ، (فإن عاد المدعي بعدها وقال : أنا أحلف مع شاهدي - لم يستحلف) لأن اليمين فعله وهو قادر عليها فأمكنه أن يسقطها بخلاف البينة ، (وإن عاد قبل أن يحلف المدعى عليه فبذل) المدعي (اليمين - لم يكن له ذلك في هذا المجلس) ذكره في الشرح والمبدع ، (وإن سكت المدعى عليه فلم يقر ولم ينكر ، أو قال) المدعى عليه : (لا أقر ولا أنكر ، أو قال : لا أعلم قِدر حقه - قال له القاضي : احلف وإلا جعلتك ناكلاً وقضيت عليك) لأنه ناكل لما توجه عليه الجواب فيه ، فيحكم عليه بالنكول عنه كاليمين ، والجامع بينهما أن كل واحد من القولين طريق إلى ظهور الحق ، ويسن تكراره من الحاكم ثلاثاً ، ذكره في

الكافي والمستوعب والمنتهى ، (ولو أقام المدعي شاهداً واحداً فلم يحلف) المدعي (معه) أي مع شاهده (وطلب يمين المدعي عليه فأحلف له ثم أقام شاهداً آخر بعد ذلك - كملت بينته وقضى بها) كما لو لم يكن استحلف المدعي ، (وإن قال المدعى عليه : لي مخرج مما ادعاه) المدعي (لم يكن مجيباً) لأن الجواب إقرار أو إنكار ، وهذا ليس واحداً منهما، (وإن قال) المدعى عليه : (لي حساب أريد أن أنظر فيه - لزمه) أي المدعي (إنظاره ثلاثاً) أي ثلاثة أيام لأنه يحتاج إلى ذلك لمعرفة قدر دينه ، أو ليعلم هل له عليه شيء أم لا ، والثلاث هذه يسيرة ولا يمهل أكثر منها لأنه كثير ، (وإن قال) المدعى عليه : (إن ادعيت ألفاً برهن كذا لي عندك أجبت ، أو إن ادعيت هذا) الذي ادعيته (ثمن كذا بعتنيه ولم تقبضنيه فنعم ، وإلا فلا حق لك علي - فجواب صحيح) لأنه مقر له على قيد يحترز به عما سواه منكر له فيما سواه ، قاله في شرح المحرر ، (وإن قال) المدعى عليه (بعد ثبوت الدعوى : قضيته ، أو أبرأني . و) ذكر أن (له بينة بالقضاء أو الإبراء وسأل الإنظار - أنظر ثلاثاً) أي ثلاثة أيام فقط لأن ما زاد عليها فيه طول بخلافها ، فإنها قريبة ، وقد لا تتكامل البينة فيما دونها ، ولو ألزمناه في الحال لكان تضييقاً عليه ، (وللمدعي ملازمته) زمن الإنظار لئلا يهرب فيتأخر عن المدة التي أنظرها * قلت : وظاهر كلامهم : لا يحبس ، وعمل القضاة الآن بخلافه ، (فإن عجز) المدعى عليه عن بينة القضاء أو الإبراء (حلف المدعي على نفي ما ادعاه) من القضاء والإبراء لأن الأصل عدمه (واستحق) ما ادعى به لأن الأصل بقاؤه ، (فإن نكل) المدعي عن اليمين (قضي عليه بنكوله وصدق) المدعى عليه ؛ لأنه منكر توجهت عليه اليمين فنكل عنها ، فحكم عليه بالنكول كما لو كان مدعى عليه ابتداء . (هذا كله إن لم يكن) المدعى عليه (أنكر أولاً سبب الحق ، فأما إن أنكره ثم ثبت فادعى قضاء أو إبراء سابقاً لإنكاره - لم يسمع) منه ، (وإن أتى ببينة نصاً ، فلو ادعى عليه ألفاً من قرض فقال : ما اقترضت منه شيئاً ، أو من ثمن مبيع ، فقال : ما ابتعت منه شيئاً ، ثم ثبت أنه اقترض أو اشترى ببينة أو إقرار فقال : قضيته من قبل هذا الوقت ، أو أبرأني من قبل هذا الوقت - لم يقبل منه ولو أقام به بينة ؛ لأن القضاء أو الإبراء لا يكون إلا عن حق سابق ، وإنكار الحق يقتضي نفي القضاء أو الإبراء منه فيكون مكذباً لدعواه وبينته ، فلا تسمع لذلك ، واحترز بقوله سابقاً على إنكاره عما لو ادعى قضاء أو إبراء بعد إنكاره، فإنه تسمع دعواه بعد ذلك وتقبل بينته ؛ لأنه قضاء بعد إنكاره كالإقرار به فيكون قاضياً لما هو مقر به فتسمع دعواه به كغير المنكر ، وإبراء المدعي بعد الإنكار إقرار بعدم استحقاقه ، فلا تنافي بين إنكاره وإبراء المدعى فتسمع البينة بذلك . (وإن شهدت بينة

للمدعي) بما ادعاه (فقال المدعى عليه : حلفوه إنه يستحق ما شهدت به البينة ، لم يحلف) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « شاهداك أو يمينه » ، وقوله : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ؛ ولأن فيه تهمة للبينة . (وإن ادعى) أحد المتبايعين على الآخر (أنه أقاله بائع) أو أجاره وأنكره (فله تحليفه) إن لم تكن له بينة ؛ لأن الأصل عدمها ، وإن قال : قتلت دابتي ولي عليك قيمتها ألف ، فقال : لا يلزمني ، أو لا تستحقه عليَّ ولا شيء منه ، فقد أجاب . انتهى .



فصل

وإن ادعى عليه عيناً في يده فأقر

المدعى عليه (بها لحاضر مكلفٍ - سئل المقر له عن ذلك ، فإن صدقه) أي صدق المقر له المقر (صار) المقر له (الخصم فيها وصار صاحب اليد) وتحولت إليه الخصومة؛ (لأن من هي في يده اعترف أن يده نائبة عن يده) وإقرار الإنسان بما في يده إقرار صحيح ، وسواء كان المقر أنه مستأجر منه أو مستعير أو لا . (فان كانت للمدعى بينة) أن العين له (حكم له بها) لأن البينة أقوى من اليد ؛ والحديث : « شاهداك أو يمينه » ونحوه ، (وللمقر له قيمتها على المقر) قاله في الروضة ، وفيه شيء ، (وإلا) أي وإن لم تكن للمدعى بينة (فقول المدعى عليه وهو المقر له بها مع يمينه) لأنه منكر فدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم : « وَاليمينُ على منْ أنكرَ » . (فإن طلب المدعى إحلاف الذي كانت العين في يده أنه لا يعلم أنها) أي العين (لي) أي للمدعي (حلف له) أنه لا يعلم أن العين له ؛ لأنه لو أقر بها لزمه غرمها كما لو قال هذه العين لزيد ثم هي لعمرو فإنها تدفع لزيد ويغرم لعمرو قيمتها ، ومن لزمه الغرم مع الإقرار لزمه اليمين مع الإنكار ، (فإن نكل) من كانت العين بيده عن اليمين للمدعى (لزمه بدلها) أي مثلها إن كانت مثلية وقيمتها إن كانت متقومة لما تقدم ، (وإن قال المقر له) بالعين : (ليست لي وهي للمدعى ، حكم له بها) لأن اليد صارت للمقر له أشبه ما لو ادعاها شخص فأقر بها له ، (وإن قال) المقر : (ليست لي ولا أعلم لمن هي ، أو قاله المقر له ، فإن كانت للمدعى بينة حكم له بها ، وإن لم تكن له بينة وجهل لمن هي سلمت إليه) أي إلى المدعى (أيضاً بلا يمين) لأنه لا منازع له فيها أشبه التي في يده ؛ ولأن صاحب اليد لو ادعاها ثم نكل عن اليمين قضى بها للمدعى ، فمع عدم ادعائه أولى ، (فإن كانا) أي المدعيان (اثنين اقترعا بها) فمن خرجت له القرعة أخذها وحلف لصاحبه ، (وإن قال المقر له : هي لثالث ، انتقلت الخصومة عنه إليه) كالمقر له أولاً، (وإن أقر) مَنْ العين بيده (بها لغائب أو غير مكلف معينين - سقطت الدعوى وصارت

على المقر له) لأن اليد صارت له ، ويصير الغائب والولي خصمين إن صدقاه وحلف المدعى عليه للمدعى ، قاله في الرعاية ، (ثم إن كان للمدعى بينة سلمت) العين (إليه) لأن جانبه قد ترجح بها (ولا يحلف) لأن البينة وحدها كافية للخبر ، (وكان الغائب على خصومته) إذا قدم ونازع لعدم ما يقطع خصومته ، (وإن كان مع المقر بينة تشهد بها للغائب سمعها الحاكم ولم يقض بها) لأن الحق الغائب في الحكم ولم يطلبه ، وإنما سمعت بينة المدعى عليه أنها لمن سماه لزوال التهمة ، (ولكن تسقط اليمين والتهمة من المقر ، وإن لم تكن له بينة لم يقض له بها ويقف الأمر حتى يقدم الغائب) فأما أن يصدق أو يكذب على ما تقدم فيكون معه الخصومة ، (و) حتى (يكلف غيره لتكون الخصومة معه) لكون اليد صارت له ، (وله) أي للمدعي (تحليف المدعى عليه أنه لا يلزمه تسلميها إليه ، فإن حلف) أقرت العين بيده لأن المدعى اندفعت دعواه باليمين ، (وإن نكل) المدعى عليه عن اليمين (غرم بدلها) للمدعى أي مثلها إن كانت مثلية وقيمتها إن كانت متقومة ، (فإن كان المدعي للعين اثنين) ونكل عن اليمين لهما (فبدلان) لهما لكل واحد منهما بدل ، (وإن عاد) أي المدعي عليه (فاقر بها) أي العين (للمدعى) بعد إقراره بها لغير الغائب أو غير المكلف (لم تسلم إليه) لأن إقرار الإنسان على غيره غير مقبول ، (وعليه) أي المقر (له) أي للمقر له ثانياً (بدلها) لأنه فوتها عليه فى إقراره الأول ، (وإن) عاد (ادعاها لنفسه لم تسمع دعواه لأنه أقر بأنه لا يملكها) فلا يصح رجوعه عنه ، (وإن أدعى) إنسان على آخر بعين أنها له فادعى (من هي في يده) أي العين (أنها معه إجارة أو إعارة) من فلان الغائب وأقام بينة بالملك للغائب لم يقض بها للغائب ؛ لعدم دعواه وسؤاله الحكم ، لكن تسمع البينة لتسقط اليمين والتهمة عن المقر ، (وإن أقر بها) أي العين من هي بيده (لمجهول ، قيل) أي قال (له) الحاكم : (عرفه وإلا جعلتك ناكلاً وقضيت عليك) بالنكول ؛ لأن الإقرار بها لمجهول عدول عن الجواب لأنه يجعل الخصم غير معين ، فيقال له : إما أن تعين المقر له لتنتقل الخصومة إليه ، أو تدعيها لنفسك لتكون الخصومة معك ، أو تقر بها للمدعي لتندفع الخصومة عنك ، فإن عين المجهول ، وإلا قضى عليه بها ، (وإن عاد) المقر (فادعاها لنفسه - لم تسمع) دعواه ؛ لمخالفتها لإقراره أو لأنها لغيره .



فصل

ولا تصح الدعوى إلا محررة تحريراً يعلم به المدعي ؛ لأن الحاكم يسأل المدعى عليه عما ادعاه المدعى ، فإن اعترف به ألزمه ، ولا يمكنه أن يلزمه مجهولاً (إلا فيما نصححه

مجهولاً كوصية وإقرار و) عوض (خلع وعبد من عبيده في مهر) وكذا فرس من خيله وثوب من ثيابه ونحوه كما تقدم ، فيجوز الدعوى بذلك مع جهالته لصحته ويبتدأ من عليه ، (ويعتبر التصريح بالدعوى ، فلا يكفي قوله) أي المدعى : (لي عند فلان كذا ، حتى يقول : وأنا الآن مطالب به) ليوجد التصريح ، (وظاهر كلام جماعة : يكفي الظاهر) لدلالة الحال عليه ، (و) يعتبر أيضاً (أن تكون) الدعوى (متعلقة بالحال) أي إذا كانت بدين فلا بد أن يكون حالاً ، و (لا) تسمع (بالدين المؤجل) لأنه لا يجوز الطلب به قبل حلوله ، ولا يجلس عليه (إلا في دعوى تدبير) وكتابة وإيلاد لصحة الحكم به إذن وإن تأخر أثره ، (و) يعتبر أيضاً في الدعوى (أن تنفك عما يكذبها ، فلو ادعى أنه قتل) أو سرق من عشرين سنة وسنة دونها ونحوه لم تسمع لأن الحس يكذبها ، ومنه لو ادعى أن الخليفة اشترى منه حزمة بقل وحملها بيده لم تسمع دعواه بغير خلاف ، قاله في القواعد ، ولو ادعى أنه قتل (أباه) أو ابنه ونحوه (منفرداً ثم ادعى على آخر المشاركة فيه) أي في قتل أبيه ونحوه (لم تسمع) الدعوى (الثانية) لأنه كذبها بدعواه الأولى ، وكذا لو ادعى الآخر الانفراد به فلا تسمع ، (ولو أقر الثاني) لتكذيبه له أولاً ، (إلا أن يقول) المدعي : (غلطت أو كذبت في الأولى ، فتقبل) الثانية لإمكانه ، والحق لا يعدوهما ، (ومن أقر لزيد بشيء) من دار أو كتاب أو ثوب ونحوه (ثم ادعاه) لنفسه (وذكر تلقيه منه) أي من زيد - (سمع) منه ما ادعاه وطولب بالبيان لاحتمال صدقه ، (وإلا) أي وإن لم يذكر تلقيه من زيد (فلا) تصح دعواه لنفسه التكذيب لإقراره الأول ، (وإن ادعى أنه له الآن لم تسمع بينة أنه كان له أمس أو) أنه كان (في يده) أمس لعدم التطابق ، (ولو قال) المدعى عليه : (كان) المدعى به (بيدك) أمس (أو) كان (لك أمس وهو ملكي الآن ، لزمه) أي المدعي عليه (بيان سبب زوال يده) أو ملكه لأن الأصل بقاء الملك أو اليد ، (وإن ادعى داراً بين حدودها وموضعها إن لم تكن مشهورة) عند القاضي والخصمين بما يغني عن البيان. قال الغزى : إن كانت في عقار ذكر البلد والمحلة والسكة ، وهي الزقاق ، والحدود ، فإن التحديد شرط في الدعوى والشهادة ، (فيدعى أن هذه الدار بحقوقها وحدودها لي وأنها في يده ظلماً وأنا أطالبه الآن بردها ، وإن ادعى أن هذه الدار لي وأنه يمنعني منها) وأطالبه بردها (صحت الدعوى وإن لم يقل أنها في يده) اكتفاء بذكر أنه يمنعه منها ، (وتكفي شهرة المدعى به) من دار ونحوه (عند الخصمين والحاكم عن تحديده) أي بيان حدوده لأن القصد علم المدعى به وهو حاصل بالشهرة ، (ولو أحضر) المدعي (ورقة فيها دعوى محررة قال : أدعى بما فيه ، مع حضور خصمه ، لم تسمع) دعواه حتى يبين ما فيه (قال الشيخ : لا يعتبر في أداء الشهادة) بالدَّين (قوله) أي الشاهد : (وإن الدين باق في ذمة الغريم إلى الآن ، بل يحكم الحاكم باستصحابه الحال إذا ثبت عنده

سبق الحق إجماعاً) استصحاباً للأصل . (وتسمع دعوى استيلاد وكتابة وتدبير) من الرقيق على سيده ليحكم له به وإن تأخر أثره ، وتقدم ؛ لأن نفس المدعى به حالٌ وإن تأخر موجبه ، (وإن كان المدعى) به (عيناً حاضرة في المجلس عيَّنها) أي المدعي (بالإشارة) إليها لينتفي اللبس ، (وإن كانت حاضرة) في البلد (لكن لم تحضر مجلس الحكم اعتبر إحضارها لتعيين) وإزالة اللبس ، (ويجب إحضارها على المدعى عليه إن أقر أن بيده مثلها) فيوكل به حتى يحضرها ، فمن ادعى عليه بغصب عبد وأقر أن بيده عبداً ، أمره الحاكم بإحضاره لتكون الدعوى على عينه ، (ولو ثبت أنها) أي العين المدعى بنظيرها (بيده) أي المدعى عليه (ببينة أو نكول) عن يمين طلب منه (حبس أبداً حتى يحضرها أو يدعي تلفها فيصدق للضرورة ، وتكفي القيمة) حينئذ عن تعينها لتعذره بتلفها ، (وإن ادُّعِيَ) بالبناء للمفعول (على أبيه دين لم تسمع دعواه حتى يثبت أن أباه مات وترك في يده مالاً فيه وفاء لدينه) أو حرر التركة . هذا معنى كلامه في المغنى . وذكر القاضي أنه يحرر التركة ، وجزم به في المنتهى ، (فإن قال) المدعي : (ترك) أبوه (ما فيه وفاء لبعض دينه - احتاج إلى أن يذكر ذلك البعض ليعلم نسبة الدين إليه) فيلزم بالوفاء بقدره ، (والقول قول المدعى عليه في نفي تركة الأب مع يمينه) لأنه منكر والأصل العدم ، (وكذا إن أنكر) الولد (موت أبيه) فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدمه ، (ويكفيه أن يحلف على نفي العلم) أي أنه لا يعلم للأب تركة أو لا يعلم موته ، (ويكفيه) أي الولد (أن يحلف أنه ما وصل إليه من تركته شيء ، ولا يلزمه أن يحلف أن أباه لم يخلف شيئاً ؛ لأنه يخلف تركة لا تصل إليه فلا يلزمه الإبقاء منه) أي من مال نفسه ، (ولا يلزمه أكثر مما وصل إليه) إن وصل إليه ما بقي ببعض الدين ، (وإن كان المدعى) به (عيناً غائبة أو تالفة) وهي (من ذوات الأمثال ، أو) كان المدعى عيناً (في الذمة) كمبيع في الذمة ومسلم فيه ونفقة وكسوة ونحوها (ذكر من صفتها ما يكفي في السلم) من الأوصاف التي تنضبط بها غالباً ؛ لأن ذلك هو تحرير الدعوى بها ، (والأولى مع ذلك ذكر قيمتها) لأنها أضبط ، (وإن لم تنضبط) العين المدعى بها (بالصفات كجوهرة ونحوها) مما لا يصح السلم فيه من كتب علم وما يجمع أخلاطاً غير متميزة ونحوها (تعين ذكر قيمتها) لأنها لا تعلم إلا بذلك ، (لكن يكفي ذكر قدر نقد البلد) ويكون مغنياً عن وصفه إذا لم يكن بالبلد إلا نقد واحد لتعينه كما تقدم في المبيع وغيره فينصرف الإطلاق إليه ، (وإن ادعى نكاحاً فلا بد من ذكر المرأة بعينها إن كانت حاضرة) في المجلس لأن اللبس ينتفي بذلك ، (وإلا ذكر اسمها ونسبها) لأنها لا تتميز إلا بذلك ، (واشترط ذكر شروطه) في الحضور والغيبة لأن

الناس اختلفوا في شروطه فلم يكن بد من ذكرها حتى يعلم الحال على ما هي عليه فيعرف كيف يحكم ، (فيقول) المدعي للنكاح : (تزوجتها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها) لأن الفروج يحتاط لها (ولا يحتاج أن يقول : وليست مرتدة ولا معتدة) لأن الظاهر أنها ليست كذلك ، (وإن كانت) الزوجة أمة (وهو حر ذكر عدم الطول وخوف العنت) مع الولي وشاهدي العدل لأنهما من جملة الشروط ، (وإن ادعى استدامة الزوجية - لم يدع العقد ولم يحتج إلى ذكر شروطه) لأنه يثبت بالاستفاضة التي لا يعلم معها اجتماع الشروط ، (وإن ادعى زوجية امرأة فأقرت) له بها (صح إقرارها في الحضر والسفر والغربة والوطن) لأنها أقرت بحق عليها فقبل كسائر الحقوق. وفي المغنى (إن كان المدعى واحداً ، وإن كانا اثنين لم يسمع) إقرارها لهما ولا لأحدهما ، ويأتي ما فيه ، (وإن ادعى عقداً سوى النكاح اعتبر ذكر شروطه أيضاً) كالنكاح للاختلاف فيها ، وقدم في الكافي أنه لا يشترط. وذكر في الشرح أنه أولى وأصح (إن كان المدعى به عيناً أو ديناً لم يحتج إلى ذكر السبب) لكثرة سببه ، ويكفي أن يقول : أستحق هذه العين التي في يده ، أو أستحق كذا في ذمته ، (وكذا إن قال) المدعي (اشتريت هذه الجارية ، أو بعتها منه بألف - لم يحتج أن يقول : وهي ملكه) فيما إذا قال : اشتريت ، (أو : وهي ملكي) فيما إذا قال : بعته ، ولا أن يقول : (ونحن جائزا الأمر ، أو تفرقنا عن تراض) اكتفاء بالظاهر . قال في المبدع : وعلى الأول أي أنه يعتبر شروط العقد لو ادعى بيعاً لازماً أو هبة مقبوضة كفى في الأشهر ، وفي اعتبار وصف البيع أنه صحيح وجهان . قال : فلو ادعى بيعاً أو هبة لم تسمع إلا أن يقول : ويلزمك التسليم إليّ ؛ لاحتمال كونه قبل التسليم ، (وما لزم ذكره في الدعوى فلم يذكره المدعي يسأله الحاكم عنه) لتصير الدعوى معلومة فيمكن الحاكم الحكم بها . (وإن ادعت امرأة على رجل نكاحاً لطلب نفقة أو مهر أو نحوه سمعت دعواها) لأن حاصلها دعوى الحق من نفقة أو مهر أو نحوهما ، (فإن أنكر المدعى عليه (فقوله بغير يمين) إذا لم تكن بينة ؛ لأنه إذا لم يستحلف المرأة والحق عليها فلئلا يستحلف من الحق له وهو ينكره أولى * قلت : هذا بالنسبة إلى النكاح وأصح . أما بالنسبة إلى النفقة والمهر ونحوها فلا ولذلك لم يذكره في الشرح والمبدع إلا فيما إذا ادعت نكاحاً فقط على أحد القولين ، (وإن أقامت بينة أنها امرأته ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها) كالنفقة والمهر وغيرها ، وأما إباحتها له فتنبىء على باطن الأمر ، فإن علم أنها امرأته حلت له ولا يكون جحوده طلاقاً ولو نواه ؛ لأن الجحود هنا لعقد النكاح لا لكونها امرأته ، فليس كقوله : لا امرأة لي . وفي المبدع : جحوده النكاح ليس بطلاق إلا أن ينويه ، (وإن كان يعلم أنها ليست امرأته لعدم عقد أو لبينونتها منه - لم تحل

له، ولا يمكن منها ظاهراً ولو حكم به حاكم) لأن حكمه لا يزيل الشيء عن صفته باطناً ، (وحيث ساغ لها دعوى النكاح فكزوج في ذكر شروطه) لما تقدم ، (وإن ادعت) المرأة (النكاح فقط) ولم تدع معه مهراً ولا نفقة ولا غيرها (لم تسمع) لأنه حق عليها فدعواها له إقرار لا يسمع مع إنكار المقر له . (وإن ادعى قتل موروثه - ذكر) المدعى (القاتل ، وأنه انفرد به ، أو شارك غيره) فيه ، (وأنه قتله عمداً أو خطأ أو شبه عمد ، ويذكر صفة العمد) لأن الحال يختلف باختلاف ذلك فلم يكن بد من ذكره لترتب حكم الحاكم عليه ، (وإن لم يذكر الحياة) أي لم يعتبر أن يقول حياً اكتفاء بالظاهر ، وعبارة المنتهى : ولو قال : قده نصفين وكان حياً ، أو ضربه وهو حي ، صح ظاهرها يعتبر ذكر الحياة (وإن ادعى الإرث ذكر سببه) لاختلافه . قال في الرعاية: وقدره ولا يكفي قوله : مات فلان وأنا وارثه ، (وإن ادعى شيئاً محلى بذهب أو فضة قومه بغير جنس حليته) لئلا يؤدي إلى الربا ، (فإن كان محلى بهما) أي بذهب وفضة (قومه) المدعى (بما شاء منهما للحاجة) إذ التنمية منحصرة فيهما .



فصل

يعتبر عدالة البينة ظاهراً وباطناً ولو لم يعين فيها خصمه

لأن العدالة شرط فيجب العلم بها كالإسلام لقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ [١] ، وقوله : ﴿ إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ ﴾ [٢] الآية ، وقوله صلى الله عليه وسلم: « لا تُقْبَلُ شهادَةُ خَائِنٍ وَلا خَائِنَةٍ وَلا ذِي غِمْرٍ عَلى أَخِيهِ وَلا مَحْدُودٍ في الإِسْلامِ»، (فلا بد من العلم بها) أي العدالة (ولو قيل إن الأصل في المسلمين العدالة. قال الزركشي : لأن الغالب الخروج عنها ، وقال (الشيخ : من قال إن الأصل في الإنسان العدالة فقد أخطأ وإنما الأصل الجهل والظلم ؛ لقوله تعالى : ﴿ إِنَّهُ كَانَ ظَلُوماً جَهُولاً ﴾ [٣] ، فالفسق والعدالة كل منهما يطرأ على الآخر ، وقول عمر : المسلمون عدول . معارض لما روى عنه أنه أتي بشاهدين فقال لهما : لست أعرفكما ولا يضركما أني لا أعرفكما ، والأعرابي الذي قبل النبي ﷺ شهادته برؤية الهلال لرمضان صار صحابياً ، وهم عدول ، وعنه تقبل شهادة كل مسلم لم تظهر منه ريبة ، اختارها الخرقي وأبو بكر) وصاحب الروضة ، فإن جهل إسلامه رجع إلى قوله ، والعمل على الأول .

---

(١) سورة الطلاق الآية : ٢ .
(٢) سورة الحجرات الآية : ٦ .
(٣) سورة الأحزاب الآية : ٧٢ .

(ولا تَشترط) العدالة (باطناً في عقد نكاح) فلا يبطل لو بانا فاسقين لما يترتب على ذلك من تحريم الوطء المترتب عليه ، وللمشقة ، (وتقدم) في شروط النكاح ، (وإذا علم الحاكم شهادتهما) أي الشاهدين (حكم بشهادتهما) عملاً بعلمه في عدالتهما لأنه لو لم يكتف بذلك لتسلسل لأن المزكى يحتاج إلى تعديله ، فإذا لم يعمل بعلمه احتاج كل واحد من المزكين إلى من يزكيه ثم كل واحد ممن يزكيهما إلى مزكين إلى ما لا نهاية له، (وإن علم فسقهما لم يحكم) بشهادتهما لعدم شرط الحكم ، (فله) أي الحاكم (العمل بعلمه في عدالتهم وجرحهم) كما تقدم ، (وليس له) أي الحاكم (أن يرتب شهوداً لا يقبل غيرهم) لأن من ثبتت عدالته وجب قبول شهادته ، (وتقدم في الباب قبله ، وإذا عرف) الحاكم (عدالة الشهود استحب قوله) أي الحاكم (للمشهود عليه : قد شهدا عليك فإن كان عندك ما يقدح في شهادتهم فبينه عندى) لدفع الريبة ، (فإن لم يقدح) المدعى عليه (في شهادتهما حكم عليه إذا اتضح له الحكم واستنارت الحجة) وسأله المدعى ذلك فوراً كما تقدم ، (وإن كان فيها) أي الحجة (لَبْسٌ أمرهما بالصلح ، فإن أبيا) الصلح (أخرهما إلى البيان) والاتضاح لتعذر الحكم إذن ، (فإن عجلها) وحكم (قبل البيان لم يصح حكمه) ولم ينفذ لفقد شرطه . (وإذا حدثت حادثة نظر) الحاكم (في كتاب الله) تعالى (فإن وجدها ، وإلا) نظر (في سنة رسول الله ﷺ ، فإن لم يجد)ها (نظر في القياس فألحقها بأشبه الأصول بها) ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم بعث معاذاً قاضياً وقال : « بِمَ تَحكُمُ ؟ قالَ : بكتابِ الله . قَالَ : فَإنْ لَمْ تَجِدْ ؟ قَالَ فبسُنَّةِ رَسُولِ الله ﷺ . قالَ : فَإنْ لَمْ تَجِدْ ؟ قَالَ : اجْتَهِدُ بالرَّأي . قال : الحَمْدُ لله الذي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ الله ﷺ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ الله ﷺ » . (وإن ارتاب) الحاكم (في الشهود لزم سؤالهم والبحث عن صفة تحملهم وغيره فيفرقهم ويسأل كل واحد : كيف تحملت الشهادة ؟ ومتى ؟) أي في أي وقت تحملت (وفي أي موضع ؟) تحملت (وهل كنت وحدك أو أنت وغيرك ؟ ونحوه) ؛ لما روي عن علي أن سبعة خرجوا ففقد منهم واحد فأتت زوجته عليا فدعا الستة فسأل واحدًا منهم فأنكره . قال : الله أكبر . فظن الباقون أنه قد اعترف فاستدعاهم فاعترفوا ، فقال للأول : قد شهدوا عليك ، فاعترف ، فقتلهم . (فان اختلفوا لم يقبلها) أي الشهادة لأنه ظهر له ما يمنع قبولها ، وفي الشرح: سطت شهادتهم ، (وإن اتفقوا وعظهم وخوفهم) لأن ذلك سبب توقفهم إن كانوا شهود زور ، (فإن ثبتوا) على شهادتهم (حكم بهم إذا سأله المدعي) لأن الشرط ثبات الشاهدين على شهادتهما إلى حين الحكم وطلب المدعي الحكم وقد وجد ذلك كله، ويستحب أن يقول للمنكر : قد قبلتهما فإن جرحتهما وإلا حكمت عليك ، ذكر السامري وروى أبو حنيفة قال : « كُنْتُ عِنْدَ مُحَارِبِ بْنِ دِثَارٍ وَهُوَ قَاضِي الكُوفَةِ فَجَاءَ رَجُلٌ فَادَّعَى

عَلى رَجُلٍ حَقًّا فأنكَرَهُ ، فأحْضرَ المُدَّعِي شاهدَيْنِ شهدَا لهُ فقال المَشْهُودُ عليْه : وَالذي تَقُومُ بِه السَّماءُ وَالأرْضُ لقدْ كَذَبَا عَلَيَّ الشَّهَادَةَ ، وكَانَ مُحَارِبُ بن دِثَارٍ مُتكئاً فَاسْتَوَى جَالساً وَقَالَ : سَمعْتُ ابْنَ عُمَرَ يَقُولُ : سَمِعْتُ رَسُولَ الله ﷺ يَقُولُ : إنَّ الطَّيرَ لتُخَفِّقُ بِأجْنِحتِها وتَرْمِي ما في حَواصِلها منْ هَوْلِ يَوْمِ القِيامَةِ ، وإنَّ شَاهدَ الزُورِ لا تزُولُ قدَماهُ حتّى يتَبوأ مَقْعدَهُ منَ النَّارِ فإنْ صدَقْتما فَاثْبُتَا ، وَإنْ كَذَبْتُمَا فَغطّيَا رُؤُوسكُما وانْصرِفَا ، فَغَطّيَا رُؤُسَهُمَا وَانْصرَفَا » ، (وإن جرحهما الخصم لم يقبل) الحاكم (منه) التجريح بمجرده (ويكلف البينة بالجرح) ليتحقق صدقه أو كذبه ، (فان سأل) المجرح (الإنظار) ليقيم البينة (أنظر ثلاثاً) أي تكليفه إقامتها في أقل من ذلك يشق ويعسر ، فإن أقام المدعي عليه بينة أنهما شهدا بذلك عند قاضٍ وردت شهادتهما لفسقهما - بطلت شهادتهما لأن الشهادة المردودة لفسق لا تقبل بعد ، (وكذا لو أراد) المدعى عليه (جرحهم) أي الشهود فينظر لذلك ثلاثاً ، (وللمدعي ملازمته) لأن حقه قد توجه عليه ، والمدعى عليه يدعي ما يسقطه والأصل عدمه ، (فإن لم يأت) المدعى عليه (ببينة) بالجرح (حكم عليه) لأن الحق قد وضح على وجه لا إشكال فيه ، (ولا يسمع الجرح إلا مفسراً بما يقدح في العدالة عن رؤية فيقول) الشاهد بالجرح : (أشهد أني رأيته يشرب الخمر أو يظلم الناس بأخذ أموالهم أو ضربهم أو يعامل بالربا ، أو) عن سماع منه بأن يقول : (سمعته يقذف ، أوعن استفاضة) لأن الناس يختلفون في أسباب الجرح كاختلافهم في شارب يسير النبيذ ، فوجب أن لا يقبل مجرد الجرح لئلا يجرحه بما لا يراه القاضي جرحاً ، (فلا يكفي أنه يشهد إنه فاسق أو ليس بعدل ، ولا قوله : بلغني عنه كذا) لقوله تعالى : ﴿ إلا مَنْ شَهِدَ بِالحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾ (١) . (لكن يعرض لجارح بزنا) لئلا يجب عليه الحد ، (فإن صرح) بالرمي بالزنا (حد) للقذف بشرطه (إن لم يأت بتمام أربعة شهود) لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ المحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأتُوا بِأرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ (٢) الآية . (ولا يقبل الجرح والتعديل من النساء) ؛ لأنها شهادة فيما ليس بمال، ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال أشبه الشهادة في القصاص، (وإن عدله اثنان فأكثر وجرحه واحد قدم التعديل) لتمام نصابه ، (وإن عدله اثنان وجرحه اثنان قدم الجرح وجوباً) لأن مع شاهديه زيادة علم يمكن خفاؤها عن شاهدي التعديل ، (وإن قال الذين عدلوا : ما جرحاه به قد تاب منه . قُدِّمَ التعديل) لما مع بينته من زيادة العلم ، (فإن شهد عنده) أي الحاكم (فاسق يعرف حاله قال للمدعي : زدني شهوداً) لأن ذلك يحصل المقصود مع التستر على الشاهد ، (وإن جهل) الحاكم (حاله) أي الشاهد (طلب منه المدعي التزكية) لقول عمر للشاهدين :

---

(١) سورة الزخرف الآية : ٨٦ .

(٢) سورة النور الآية : ٤ .

جيئاً بمن يعرفكما ؛ ولأن العدالة شرط فالشك في وجودها كعدمهما كشرط الصلاة ، (والتزكية حق للشرع يطلبها الحاكم إن سكت عنها الخصم) لتوقف صحة حكمه عليها حيث جهل حال البينة ، (ويكفي فيها) أي التزكية (عدلان يشهدان إنه عدل رضا) أو عدل (مقبول الشهادة أو عدل فقط) لقوله تعالى : ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ﴾ [1] فإذا شهدا أنه عدل ثبت ذلك بشهادتهما فيدخل في عموم الآية ولا يحتاج في التزكية إلى حضور الخصمين ، ذكره في المبدع في كتاب القاضي إلى القاضي ، (ولا يحتاج أن يقول : عليَّ ولي) لأنه إذا كان عدلاً لزم أن يكون عليه وله على سائر الناس وفي كل شيء فلا يحتاج إلى ذكره ، (ويكفي فيها الظن) فله تزكيته إذا غلب على ظنه عدالته ، (بخلاف الجرح) لا يجرحه إلا بما رآه أو سمعه منه أو استفيض عنه كما تقدم ، (ويجب فيها) أي التزكية (المشافهة حيث قلنا هي شهادة لا إخبار ، فلا يكفي فيها رقعة المزكي لأن الخط لا يعتمد في الشهادة ، ولا يلزم المزكى الحضور لتزكية) ذكره جماعة ، وفيه وجه ، (ولا يكفي قولهما) أي المزكيين : (ولا نعلم إلا خيراً) لأنه لا يلزم من عدم الشيء انتفاؤه ، (ويشترط في قبول المزكيين معرفة الحاكم خبرتهما الباطنة ومعاملة ونحوه) قال في الشرح : يحتمل أن يريد الأصحاب بما ذكروه إن الحاكم إذا علم إن المعدل لا خبرة له لم تقبل شهادته بالتعديل كما فعل عمر ، ويحتمل أنهم أرادوا لا يجوز للمعدل الشهادة بالعدالة إلا أن تكون خبرة باطنة ، فأما الحاكم إذا شهد عنده العدل بالتعديل ولم يعرف حقيقة الحال ، فله أن يقبل الشهادة من غير كشف ، وإن استكشف الحال كما فعل عمر فحسن ، (ولا يقبل التزكية إلا ممن له خبرة باطنة يعرف الجرح والتعديل غير متهم بعصبية أو غيرها) لأنها كالشهادة يعتبر لها ويعتبر فيها ، (وتعديل الخصم وحده تعديل في حق الشاهد) لأن البحث عن عدالته لحق المشهود عليه وقد اعترف بها ولأنه إذا أقر بما يوجب الحكم عليه لخصمه فيؤخذ بإقراره ، (وكذا تصديقه) للشاهد فهو تعديل له كما لو أقر بدون شهادة الشاهد ، (لكن لا يثبت تعديله) أي الشاهد (في حق غير المشهود عليه) لأن عدالته لم تثبت وإنما أخذ المشهود عليه بإقراره كما سبق ، (ولو رضي) المشهود عليه (أن يحكم بشهادة فاسق لم يجز الحكم بها) لأن التزكية حق لله كما تقدم ، (ولا تصح التزكية في واقعة واحدة فقط) بأن يقول المزكي : أشهد أنه عدل في شهادته في هذه القضية فقط ؛ لأن الشرط العدالة المطلقة ولم توجد ، (وإن سأل المدعي حبس المشهود عليه حتى تزكيته ، أجابه) الحاكم (وحبسه ثلاثاً) لأن الظاهر العدالة ، ويحبس حتى يفعل ذلك ، (ومثله لو سأله كفيلاً به) أي

---

(١) سورة الطلاق الآية : ٢ .

المدعى عليه بعد إقامته البينة حتى تزكى ، (أو) سأل (عين ما ادعاه في يد تعدل قبل التزكية) فيجاب إلى ثلاثة أيام لما سبق ، (وإن أقام شاهداً وسأل حبسه حتى يقيم الآخر لم يجبه إن كان في غير المال) لأنه لا يكون حجة في اثباته أشبه ما لو تقم بينة ، (وإلا) بأن كان المدعى به مالاً (أجابه) لأن الشاهد حجة فيه مع يمين المدعي ، واليمين إنما تتعين عند تعذر شاهد آخر ولم يحصل التعذر (فإن ادعى رقيق أن سيده أعتقه وأقام شاهدين لم يعدلا ، فسأل) المدعي (الحاكم أن يحول بينه وبين سيده إلى أن يبحث الحاكم عن عدالة الشهود - فعل) أي حال بينه وبين سيده لأن الظاهر عدالة البينة ، (ويؤجره) الحاكم (من ثقة ينفق عليه من كسبه) إلى مضي الثلاثة أيام ، (فإن عدل الشاهدان) حكم بعتقه لتمام الشرائط ، (وإلا) أي وإن لم يعدلا (رده إلى سيده) لأن شهادة الفاسق كعدمها ، (وإن أقام) المدعي العتق شاهداً (واحداً وسأله أن يحول بينهما فكذلك) لأن العتق كالمال يثبت بالشاهد واليمين فأشبه ما لو ادعى مالاً ، (وإن أقامت المرأة شاهدين يشهدان بطلاقها البائن ولم يعرف) الحاكم (عدالة الشهود حيل بينه وبينها) احتياطاً مع أن الظاهر العدالة ، (وإن أقامت شاهداً واحداً) لم يحل بينه وبينها لأن الواحد لا يثبت به طلاق فأشبه عدمه ، (وإن حاكم إليه من لا يعرف) الحاكم (لسانه ترجم إليه من يعرف لسانه) لأنه لا يعرف ما يترتب عليه الحكم إلا بذلك ، والترجمة بفتح التاء والجيم تأدية الكلام بلغة أخرى ، واسم الفاعل ترجمان بفتح التاء وضم الجيم وهي أجود وبضمها وفتحها معاً ، والتاء والميم أصليتان ، فوزن ترجم : فعلل ، ذكره في حاشيته ، (ولا يقبل في ترجمة جرح وتعديل ورسالة) أي بعث من يتعرف أحوال الشهود أو رسالة القاضي في تحليف مريض أو مخدرة ونحوه (وتعريف عند حاكم ، ويأتي التعريف عند الشاهد في كتاب الشهادات ، لا قول رجلين عدلين في غير مالٍ وزِنًا) كنكاح وقذف ونحوه ، (وفي المال يقبل في الترجمة رجلان أو رجل وامرأتان، وفي الزنا أربعة) رجال لأن ذلك إثبات شيء يبني الحاكم حكمه عليه فافتقر إلى ذلك كالشهادة والجرح والتعديل والرسالة والتعريف عند الحاكم كالترجمة ، كما في المنتهى ، فيكفي فيها رجلان أو رجل وامرأتان في المال والزنا أربعة ، (وذلك) المذكور من الترجمة والجرح والتعديل وإبلاغ الرسالة بتعريف حال الشهود والتعريف عند الحاكم (شهادة يعتبر فيها لفظ الشهادة) فلا يكفي الإخبار به (و) يعتبر أيضاً نية ، (ويعتبر فيها) أي في الشهادة من العدالة وانتفاء الموانع ، (وتجب المشافهة) فلا يكتفى بالرقعة مع الرسول كالشهادة ، (وتعتبر شروط الشهادة فيمن رتبه الحاكم يسأله سراً عن الشهود لتزكية أو جرح) وذلك أن القاضي يتخذ أصحاب مسائل كما سبق ، فإذا شهد عنده من جهل عدالته كتب اسمه ونسبه وكنيته وحليته وصنعته وسوقه ومسكنه ومن يشهد له وعليه

وما شهد به في رقاع ودفعها إلى أصحاب المسائل ، ويجتهد أن لا يعرفهم المشهود له ولا المشهود عليه ولا الشهود ، ويدفع إلى كل واحد رقعة ، ولا يعلم بعضهم ببعض ليسألوا عنه ، فإن رجعوا بتعديله قبله من اثنين منهم ، قدمه في الشرح ، ورجحه في الرعاية . ويشهدان بلفظ الشهادة ، ذكر معناه في المبدع . (ومن سأله الحاكم عن تزكية من شهد له ، أخبره بحاله) وجوباً ، (وإلا) أي وإن لم يسأله عن تزكية من شهد له (لم يجب) عليه إخباره بحاله لأنه لم يتعين عليه . (ومن نصب للحكم بجرح وتعديل و) نصب لـ(سماع بينة قنع الحاكم بقوله وحده إذا قامت البينة عنده) لأنه حاكم فاكتفى بخبره كغيره من الحكام * قلت : هذا إذا حكم بالبينة التي سمعها ظاهراً ، وإلا فقد تقدم العمل بخبره وهما بعملهما بالثبوت لأنه كنقل الشهادة . (ومن ثبتت عدالته مرة وجب تجديد البحث عنها مرة أخرى مع طول المدة) لأن الأحوال تتغير إذن ، (وإلا) أي وان لم تطل المدة (فلا) يجب تجديد البحث عنها لأن الظاهر والأصل بقاء ما كان على ما كان فلا يزول حتى يثبت الجرح .



فصل

وإن ادعى على غائب مسافة قصر ولو في غير عمله

أو ادعى على (ممتنع) من الحضور لمجلس الحكم (أي مستتر إما في البلد أو دون مسافة قصر ، أو) ادعى على (ميت أو صغير أو مجنون بلا بينة - لم تسمع دعواه) لأنه لا فائدة فيها (ولم يحكم له) بما ادعاه لحديث : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ » ، (وإن كان له بينة - سمعها الحاكم وحكم بها في حقوق الآدميين) لحديث هند امرأة أبي سفيان قالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي . فقال : « خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ »[1] متفق عليه . فقضى لها ولم يكن أبو سفيان حاضراً ؛ ولأن المدعي هنا له بينة حاضرة فجاز الحكم بها كما لو كان الخصم حاضراً ، وأما تقييد الشافعية بمسافة القصر ولأن ما دونها في حكم الإقامة، وأما المستتر فلأنه متعذر الحضور أشبه الغائب بل أولى لأن الغائب قد يكون معذوراً بخلاف المستتر ، والميت كالغائب بل أولى لأن الغائب قد يحضر بخلاف الميت، والصغير والمجنون كالغائب لأن كل واحد منهما لا يعبر على نفسه « تغيبه » قوله ولو في غير عمله مقتضاه أنه إذا كان في عمله ، وقال في شرحه : لأنه إذا كان بعمله أحضره ليكون الحكم عليه مع حضوره . و (لا) يقضي على الغائب (فى حق الله تعالى كالزنا

---

(١) سبق تخريجه في كتاب النكاح .

والسرقة) لأن مبنى حق الله تعالى على المسامحة ، (لكن يقضي في السرقة بالمال فقط) لأنه حق آدمي ، (وليس تقدم الإنكار في الدعوى على غائب ونحوه شرعاً) إذ الغيبة ونحوها كالسكوت والبينة تسمع على ساكت ، لكن لو قال : هو معترف وأنا أقيم البينة استظهاراً - لم تسمع ، وقاله الأزجي ، ذكره في المبدع من الترغيب . (ولا يلزم المدعي أن يحلف) مع بينته التامة (أن حقه باق) لقوله صلى الله عليه وسلم : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » . وكما لو كانت على حاضر ، بخلاف ما إذا أقام شاهداً فإنه يحلف معه ، (والاحتياط تحليفه خصوصاً في هذه الأزمنة) لأنه يحتمل أن يكون قضاء أو غير ذلك ، وكما لو كان حاضراً فادعى بعض ذلك . (ولا يلزم القاضي نصب من ينكر أو يحبس بغيره عن الغائب لأن تقدم الإنكار ليس بشرط كما سبق) ثم إذا قدم الغائب وبلغ الصغير ورشد وأفاق المجنون وظهر المستتر ، فَهُمْ على حججهم ؛ (لأن المانع إذا زال صاروا كالحاضرين المكلفين ، وإن قدم الغائب قبل الحكم وقف الحكم) على حضوره ولم تجب إعادة البينة لكن يخبره بالحال ويمكنه من الجرح ، (ولو جرح البينة بعد أداء الشهادة أو) جرحها (مطلقاً) بأن لم يغره لما قبل الشهادة ولا لما بعدها (لم يقبل) تجريحه لها ؛ (لجواز كونه بعد الحكم فلا يقدح فيه) أي في الحكم ، (وإن جرحها بأمر) مفسق (كان قبل) أداء (الشهادة - قُبِلَ) بالبينة (وبطل الحكم) لفقد شرطه وهو عدالة البينة . (ولا يمين مع بينة كاملة) في دعوى على غائب أو غيره (كقوله) في أنه لا يمين عليه ، (لكن تقدم في باب الحجر : إذا شهدت بينة بنفاد ماله أنه) أي المدعي (يحلف معها) لا يحلف على غير ما شهدت به البينة فلا تكذيب لها ؛ إذ لا يلزم من هلاك ما شهدت بهلاكه أنه لا مال له غيره ، وقريب منه ما ذكره في المرتهن والوديع ونحوهما إذا ادعوا التلف بسبب ظاهر وأقاموا البينة بوجود الظاهر يحلفون على التلف ، (قال في المحرر : وتختص اليمين بالمدعى عليه دون المدعي) لحديث : «البينة علي المدعي واليمين على من أنكر» ، (إلا في القسامة) فيبدأ بأيمان المدعين لخبرها الخاص ، وتقدم في بابها ، (و) إلا في (دعاوى الأمناء المقبولة) كدعوى التلف وعدم التفريط ونحوه وتقدم ، (وبحيث يحكم باليمين مع الشاهد) بأن كان المدعى به مالاً أو يقصد به المال لما تقدم ، (وقال حفيده) أي ابن ابنه وهو أبو العباس تقي الدين بن تيمية : (دعاوى الأمناء المقبولة غير مستثناة) من قولنا تختص اليمين بالمدعى عليه ، (فيحلفون ؛ وذلك) أي توضيح عدم استثنائهم (لأنهم أمناء لا ضمان عليهم إلا بتفريط أو عدوان ، فإذا ادعى عليهم ذلك فأنكروا أنهم مدعى عليهم واليمين على المدعى عليهم) فلا حاجة إلى استثنائهم لكن جده نظر إلى الصورة ، (وإن كان) المدعى عليه (غائباً عن المجلس أو) غائباً (عن البلد دون مسافة القصر غير ممتنع) من

الحضور لمجلس الحكم (لم تسمع الدعوى) عليه (ولا البينة حتى يحضر) لأن حضوره ممكن فلا يجوز الحكم عليه مع حضوره (كحاضر في المجلس) الغائب البعيد والممتنع ، (فإن أبى) الخصم (الحضور لم يحكم) لأنه لا يقدر على إمضاء شهادته ، (وكذلك إذا شهد أن فلاناً شهد لفلان بكذا) أي فيقبل شهادتهما كما يقبل شهادتهما على الحق نفسه * قلت : ظاهره ولو لم توجد باقي شروط الشهادة على الشهادة لدعاء الحاجة إلى تلك لتعذر حضور . كالغائب البعيد (ثم ان وجد) الحاكم (له) أي الغائب أو الممتنع (مالاً وفاه منه ، وإلا قال للمدعي : إن وجدت له مالاً وثبت عندي) أنه ماله (وفيتك منه) لولايته على الغائب والممتنع ، (وإن كان المقضي به على الغائب) أو الممتنع (عيناً- سلمت إلى المدعي) كما لو كان حاضراً ، (والحكم للغائب ممتنع) قال في الترغيب : لامتناع سماع البينة له ، والكتابة له إلى قاض آخر ليحكم له بكتابه بخلاف الحكم عليه ، (ويصح) الحكم للغائب (تبعاً كدعواه) أي الحاضر (أن أباه مات عنه وعن أخ له غائب) مطلقاً (أو) أخ له (غيره رشيد ، وله) أي الأب (عند فلان عين أو دين ثبت بإقرار أو بينة فهو للميت ويأخذ المدعي نصيبه ، و) يأخذ (الحاكم نصيب الآخر فيحفظه له) حتى يحضر أو يرشد لأن حقه ثبت وذلك يوجب تسليم نصيبه إليه، (وتعاد البينة في غير الإرث) أي إذا شهدت بينة بحق مشترك سببه غير إرث كبيع وهبة لحاضر ادعى نصيبه منه وحكم له القاضي ثم حضر شريكه الغائب فادعى نصيبه منه ، تعاد له البينة ولا تبعية هنا ، (وكحكمه) أي مثل الإرث في ثبوت حق الغائب تبعاً للحاضر حكم الحاكم (بوقف يدخل فيه من لم يخلق) من الموقوف عليهم (تبعاً لمستحقه الآن ، و) مثله (إثبات أحد الوكيلين بالوكالة في غيبة الآخر فتثبت له) أي الغائب (تبعاً ، و) مثله (سؤال أحد الغرماء الحجر) على المفلس فإنه كسؤال الكل الحجر عليه ، وتقدم ، قال الشيخ تقي الدين : (فالقصة الواحدة المشتملة على عدد أو أعيان كولد الأبوين في المشركة) وهي زوج وأم وأخوان لأم فأكثر وإخوة الأبوين ، (والحكم فيها لواحد (من الإخوة لأبوين وأنه يشارك الأخوة لأم) وفاقاً للمالكية والشافعية ، (أو) الحكم (عليه) بأنه ساقط لاستغراق المفروض التركة وفاقاً لأبي حنيفة وأحمد (يعمه) أي المحكوم له أو عليه (أو) يعم (غيره) من الإخوة الأشقاء لتساويهم في الحكم ، (وحكمه) أي الحاكم (لطبقة) من أهل الوقف (حكم) للطبقة (الثانية إن كان الشرط واحداً حتى من أبدى) من الطبقة الثانية ما يجوز أن يمنع الأول من الحكم عليه ، فللثاني الدفع به لأن كل بطن تلقاه عن واقفه فهو أصلي (ومن ادعى أن الحاكم حكم له بحق فصدقه) الحاكم (قبل قوله الحاكم وحده إن كان) الحاكم

(عدلاً ، كقوله) أي الحاكم (ابتداء) من غير دعوى : (حكمت بكذا) فإنه يقبل منه ذلك ، (وإذا ادعى أنه) أي الحاكم (حكم له بحق ولم يذكره الحاكم فشهد عدلان إنه حكم له به - قَبِلَ شهادتهما وأمضى القضاء ما لم يتيقن صواب نفسه) لأنهما إذا شهدا عنده بحكم غيره قبل ، فكذا إذا شهد عنده بحكمه ، والفرق بينه وبين الشاهد إذا نسي شهادته أن ذكر ما نسيه ليس إليه ، والحاكم يمضي ما حكم به إذا ثبت عنده والشاهد عليه في بيته ، أي يحرم ، وفي التبصرة : إن صح عند الحاكم أنه في منزله أمر بالهجوم عليه وأخرجه ، ونصه : يحكم بعد ثلاثة أيام . جزم به في الترغيب وغيره . (وسمعت البينة) على الممتنع ببينة كغيره (وحكم بها) ذلك ويحتمل أنه غير مراد ، (فإن لم يشهد به) أي بحكمه (أحد لكن وجده) الحاكم (في قطره في صحيفته تحت ختمه بخطه وثيقته ولم يذكره - لم ينفذه) لأنه حكم حاكم لم يعلمه فلم يجز إنفاذه إلا ببينة كحكم غيره ولأنه يجوز أن يزور عليه وعلى خطه وختمه ، و (كخط أبيه) إذا وجده (بحكم أو شهادة لم يحكم ولم يشهد بها) قال في المبدع : إجماعاً ، (وكذا شاهد رأى خطه في كتاب بشهادة ولم يذكرها) أي الشهادة فلا يشهد اعتماداً على خطه لما تقدم ، وعنه : يجوز إذا تيقنه . قال في : الشرح لأن الظاهر أنها خطه . (ومن تحقق الحاكم منه أنه لا يفرق بين أن يذكر الشهادة أو يعتمد على معرفة الخط يتجوز بذلك - لم يجز) للحاكم (قبول شهادته) كالمغفل لاحتمال أن يكون اعتمد على الخط ، (وإلا) أي وإن لم يتحقق الحاكم ذلك منه (حرم أن يسأله عنه) هل ذكر الشهادة أو اعتمد على معرفة الخط لأنه قدح فيه بما الأصل خلافه ، (ولا يجب) على الشاهد إذا سأله الحاكم في هذه الحال (أن يخبره بالصفة) أي بكونه ذكر الشهادة أو اعتمد على خطه ، (ومن نسي لشهادته فشهدا) أي شاهدان (بها - لم يشهد بها) لما تقدم .



فصل

ومن له على إنسان حقق لم يمكن أخذه منه بحاكم وقدر له

أي للمدين (على مال لم يجز) أي يحرم على رب الحق (في الباطن أخذ قدر حقه) لقوله صلى الله عليه وسلم : « أدِّ الأمَانَةَ إلى مَنْ ائتَمَنَكَ وَلا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ ، وقوله : «لا يَحِلُّ مَالُ امْرِىء مُسْلِمٍ إلا عنْ طِيبِ نفْسٍ مِنْهُ » ولأن التعيين والمعارضة لا يجوز بغير رضا المالك ، (إلا إذا تعذر على ضيف أخذ حقه من) واجب (الضيافة بحاكم) فله أخذه قهراً وتقدم بدليله في الأطعمة ، (أو منع زوج ومن في معناه) من قريب وسيد (ما وجب عليه) لزوجته أو قريبه أو مملوكه (من نفقة ونحوها) ككسوة ومسكن ، (فله

ذلك ، وتقدم) ذلك في النفقات ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « خُذِي ما يكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمعْرُوفِ» ؛ ولأن حق الزوجية واجب في كل وقت ، والمحاكمة في كل لحظة تشق بخلاف من له دين أشار ، إليه الإمام . (لكن لو غصب ماله جهراً أو كان عنده عين ماله ، فله أخذ قدر المغصوب جهراً) ذكره الشيخ تقي الدين وغيره ، (أو) أخذ (عين ماله ولو قهراً) زاد في الترغيب : ما لم يفض إلى فتنة ، (وعنه : ويجوز) لرب الدين إذا تعذر عليه أخذه من المدين بالحاكم لجحده أو غيره (إن لم يكن) المدين (معسراً به أو كان مؤجلا) أي ولم يكن مؤجلا الأخذ (فيأخذ قدر حقه من جنسه) إن وجد في مال المدين من جنسه ، (وإلا قوَّمه وأخذ بقدره في الباطن متحرياً للعدل) في ذلك ؛ لحديث هند : « خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمعْرُوفِ » ؛ ولقوله : « الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ » . والأول أولى لأن حديث هند قد تقدم الفرق بينه وبين هذا ، فإن كان من عليه الدين مقراً به باذلاً له أو كان ماله لأمر يبيح المنع كالتأجيل والإعسار أو قدر على استخلاصه بالحاكم لم يجز الأخذ بغير خلاف ، (وإن كان لكل واحد منهما على الآخر دين من غير جنسه فجحد أحدهما) دين الآخر (فليس للآخر أن يجحده) دينه . قال في الترغيب : لأنه كبيع دين بدين لا يجوز ولو رضيا ، فإن كان الدينان من جنس تقاصا بشرطه ، وسبق . (وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته باطناً) لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أم سلمة : « فمنْ قضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِ أخيه فَلا يأخُذْهُ فإنما أقْطعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النارِ » متفق عليه . ولأنه حكم بشهادة زور فلا يحل له ما كان محرماً عليه كالمال المطلق (ولو) كان الحكم الحاكم (في عقد وفسخ وطلاق ، فمن حكم له ببينة زور بزوجية امرأة فانها لا تحل له) باطناً ، (ويلزمها) حكمه (في الظاهر) لعدم ما يدفعه ، (و) يجب عليها (أن تمتنع منه ما أمكنها ، فإن أكرهها) ووطئها (فالإثم عليه دونها) لأنها مكرهة (ثم إن وَطأ مع العلم فكزنا فيحد) وما روى عن علي أن : « رَجُلاً ادَّعَى على امْرَأة فَرفُعا إلى عليٍّ فَشهدَ شَاهدَانِ بذَلكَ فَقضَى بَيْنهُما بِالزَّوْجِيَّةِ فَقالَتْ : وَالله مَا تَزَوَّجنِي ، اعقِدْ بَيْننا عقْداً حتَّى أحلَّ لَهُ . فَقالَ : شَاهدَاكِ زَوَّجاكِ » ، فتقدير صحته لا حجة فيه للمخالف ؛ لأنه أضاف التزويج إلى الشاهدين لا إلى حكمه ولم يجبها إلى التزويج لأن فيه طعناً على الشهود ، لكن اللعان ينفسخ النكاح به وإن كان أحدهما كاذباً ؛ لأن الشرع وضعه لستر الزانية وصيانة النسب فتعقبه النسخ الذي لا يمكن الانفكاك إلا به وليس كمسألتنا (ويصح نكاحها) أي المرأة المحكوم بنكاحها لرجل ببينة (غيره) لخلوها من النكاح ، (وقال الموفق) والشارح : (لا يصح) تزويجها غيره ؛ (لافضائه إلى وطئها من اثنين أحدهما بحكم الظاهر والآخر بحكم الباطن) وهذا فساد وكالمزوجة بلا ولي ، (وإن حكم الحاكم بطلاقها ثلاثاً بشهود

زور فهي زوجته باطنا » نصاً ، (ويكره له اجتماعه بها ظاهراً خوفاً من مكروه يناله) بسبب طعنه على الحاكم ، (ولا يصح نكاحها غيره ممن يعلم بالحال) لأنها باقية في عصمة الأول . (ومن حكم لمجتهد أو) حكم (عليه بما يخالف اجتهاده - عمل) المجتهد (باطناً بالحكم) كما يعمل به ظاهراً (لا باجتهاده) لرفع حكمه الخلاف في المحكوم به ، قال في الاختيارات : التحقيق أنه ليس للرجل أن يطلب من الإمام ما يرى أنه حرام ، ومن فعل هذا فقد فعل ما يعتقد تحريمه ، وهذا لا يجوز لكن لو كان الطالب غيره أو ابتدأ الإمام بحكم أو قسمة فهنا يتوجه القول بالحل . (وإن باع حنبلي متروك التسمية) عمداً من ذبيحة أو صيد (فحكم بصحته شافعي نفذ) حكمه عند أصحابنا إلا أبو الخطاب قاله في الفروع ، (وإن رد حاكم شهادة واحد بـ)ـرؤية (هلال رمضان لم يؤثر) رده لشهادته (كـ)ـرده ببينة (ملك مطلق وأولى ؛ لأنه لا مدخل لحكمه في عبادة ووقت ، وإنما هو) أي رده لشهادة الواحد بهلال رمضان (فتوى فلا يقال : حكم بكذبه أو) حكم (أنه لم يره) أي الهلال فيلزم من علم ذلك الصوم ، ولو شهد عند غيره ممن يرى قبول الواحد ثبتت رؤيته ، قال الغزي : وكذا طهارة شيء ونجاسته لا يدخلها الحكم استقلالاً لكن يدخلها تضمناً كما علق عتقاً أو طلاقاً أو بموجب ما صدر من المعلق ووجود الصفة كان متضمناً للحكم بذلك . (ولو رفع إليه) أي الحاكم (حكم في مختلف فيه لا يلزمه نقضه) لعدم مخالفته كتاباً أو سنة أو إجماعاً أو ما يعتقده (لينفذه ، لزمه تنفيذه وإن لم يرده) المرفوع إليه صحيحاً لأنه حكم ساغ الخلاف فيه ، فإذا حكم به حاكم لم يجز نقضه فوجب تنفيذه ، (وكذا لو كان نفس الحكم مختلفاً فيه كحكمه بعلمه ، و) حكمه (بنكوله) أي الخصم ، (و) حكمه (بشاهد ويمين ، وتزويجه بيتيمة) بالولاية العامة وكالحكم على غائب ، وفي المحرر : لم يلزمه تنفيذه إلا أن يحكم به حاكم آخر قبله ، قال شارحه : فإن نفس الحكم في شيء لا يكون حكماً بصحة الحكم . (ولو رفع إليه) أي الحاكم (خصمان عقداً فاسداً عندهما وأقرا) أي الخصمان (بأن نافذ الحكم حكم بصحته ، فله إلزامهما بذلك) العقد الذي أقرا أن نافذ الحكم حكم بصحته لأنه حق أقرا به فلزمهما كما لو أقر بغيره ، (وله رده والحكم) عليهما (بمذهبه) لأن حكم الحاكم به لا يثبت بإقرارهما وإنما يثبت بالبينة ولا بينة هنا ، ولا يلزمه العمل به لعدم ثبوته عنده . (ومن قلد) مجتهداً (في صحة نكاح) مختلف فيه (لم يفارق) المنكوحة الذي قلده في الصحة (كحكم) أي كما لو حكم به مجتهد يرى صحته حال الحكم ثم تغير اجتهاده لقول عمر : « ذَاكَ على مَا قَضَيْنا وَهَذَا عَلى مَا نَقْضِي » ، (بخلاف مجتهد نكح) نكاحاً أداه اجتهاده إلى صحته (ثم رأى بطلانه) فإنه

يلزمه أن يفارق لاعتقاده بطلانه وحرمة الوطء ، (ولا يلزم) المجتهد (إعلام المقلد) بكسر اللام (بتغيره) أي تغير اجتهاده لأنه يلزم المقلد أن يفارق بتغير اجتهاده من قلده فيه من الحرج والمشقة ، (وإن بان خطؤه) أي الحاكم (في إتلاف) كقطع وقتل (لمخالفة دليل قاطع أو) بان خطأ مفتٍ ليس أهلاً) للفتيا - (ضمنا) أي الحاكم والمفتي لأنه إتلاف حصل بفعلهما أشبه ما لو باشراه ، وعلم منه أنه لو أخطأ فيما ليس بقاطع مما يقبل الاجتهاد لا ضمان ، (ولو بان بعد الحكم كُفْرُ الشهود أو فِسْقُهم - لزمه) أي الحاكم (نقضه) أي الحكم لفقد شرط صحته - (ويرجع بالمال) المحكوم به إن بقي (أو بدله) إن تلف على المحكوم له لأنه أخذ بغير حق ، (أو) يرجع بـ(ـبدل قود مستوفى على المحكوم له) إن لم يكن بعد قتله على ما سبق تفصيله في العمد ، (وإن كان الحكم لله) تعالى (بإتلاف حسي) كقتل في ردة وقطع في سرقة (أو بما سرى إليه) أي الإتلاف الحسي كجلد سرى ومات به ، ثم بان كفر الشهود أو فسقهم - (ضمنه مزكون) إن كانوا لتفريطهم وتسببهم ، وإلا فالحاكم ، (وإن بانوا) أي الشهود (عبيداً أو ولداً للمشهود له أو) ولداً أو عبيداً (للمشهود عليه ، فإن كان الحاكم الذي حكم به يرى الحكم به - لم ينقض حكمه) لموافقته اعتقاده ، (وإلا) أي وإن لم ير حاكمه الحكم به (نقضه ولم ينفذ) حكمه به (لأن الحاكم يعتقد بطلانه) وليس له الحكم بما يخالف اعتقاده إلا المقلد فإنه يقلد كبار مذهبه ويراعي نصوص إمامه ومتأخرها ويحكم به ولو اعتقد خلافه ، أفتى التقي الفتوحي بنقض حكم الحنبلي بأن طلاق الثلاث بكلمة واحدة طلقة لمخالفته نص إمامه ، وذكر الشيخ يوسف المرداوي في الرد الجلي أنه ينقض حكم المقلد بما يخالف مذهب إمامه . (وإذا حكم) الحاكم (بشهادة شاهد ثم) ارتاب الحاكم (في شهادته - لم يجز له الرجوع في حكمه) لأن الأصل موافقة الصحة ولم يثبت خلافه : (وفي المحرر : من حكم بقود أو حد ببينة ثم بانوا) أي الشهود (عبيداً، فله نقضه إذا كان) الحاكم (لا يرى قبولهم فيه) أي القود والحد ، فقوله : له نقضه يقتضي أنه إن شاء نقضه أو أمضاه ، والظاهر أنه ليس مراداً ، ولعله قاله في مقابلة المنع، فلا ينافي ظاهره كلام غيره من لزوم نقضه لفقد شرطه عنده ، (وكذا) شيء (مختلف فيه) أي في كونه مانعاً من قبول للشهادة أو الحكم (صادف ما حكم به) الحاكم (وجهله) الحاكم فينقضه إذا كان لا يرى الحكم معه لفقد شرطه ، (خلافا لمالك ، وتقدم بعضه في الباب قبله) موضحاً .



باب
كتاب القاضي إلى القاضي

والأصل في المكتابة الإجماع ، وسنده لقوله تعالى : ﴿ إِنِّي أُلْقِيَ إِلَيَّ كِتَابٌ كَرِيمٌ إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ ﴾ [1] الآية . وكتب النبي ﷺ إلى كسرى وقيصر والنجاشي وملوك الأطراف يدعوهم إلى الإسلام ، وكان يكتب إلى عماله وسعاته ، والحاجة داعية إلى قبوله ؛ فإن من له حق في بلد غير بلده لا يمكنه إثباته ولا مطالبته إلا بكتاب القاضي ، وذلك يقتضي وجوب قبوله . (لا يقبل) كتاب القاضي إلى القاضي (في حد الله تعالى كزنا ونحوه) كحد الشرب وكالعبادات لأن حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة والستر والدرء بالشبهات والسقوط بالرجوع عن الإقرار بها ؛ ولهذا لا تقبل فيها الشهادة ، فكذا كتاب القاضي إلى القاضي . (ويقبل) كتاب القاضي (في كل حق آدمي من المال وما يقصد به المال كالقرض والغصب والبيع والإجارة والرهن والصلح والوصية له) أي لزيد مثلاً (و) الوصية (إليه و) الوصية (في الجناية والقصاص والنكاح والطلاق والخلع والعتق والنسب والكتابة والتوكيل) في المال وغيره (وحد القذف) ؛ لأنه حق آدمي لا يدرأ بالشبهات ؛ ولأن هذا في معنى الشهادة على الشهادة . (وفي هذه المسألة) وهي أن كتاب القاضي إلى القاضي لا يقبل إلا فيما تقبل فيه الشهادة على الشهادة (ذكر الأصحاب أن كتاب القاضي) إلى الغائب (حكمه كالشهادة على الشهادة ؛ لأنها) أي كتابته (شهادة على شهادة ، وذكروا) أي الأصحاب (فيما إذا تغيرت حال له أنه) أي القاضي الكاتب (أصل ، ومن شهد عليه) بكتابه (فرع ، فلا يسوغ) لقاضٍ (نقض الحكم) من المكتوب إليه (بإنكار القاضي الكاتب ، ولا يقدح) إنكاره (في عدالة البينة، بل يمنع إنكاره قبل الحكم كما يمنع رجوع شهود الأصل) قبل الحكم (فدل ذلك أنه) أي القاضي الكاتب (فرع لمن شهد عنده) بالحق الذي كتب به ، (و) أنه (أصل لمن شهد عليه) بكتابة ، ودل على أنه يجوز أن يكون شهود فرع أصلاً لفرع آخر لدعاء الحاجة إليه . (والمحكوم به إن كان عينا في بلد الحاكم فإنه يسلمه إلى المدعي ولا حاجة إلى كتاب) لأن للقاضي ولاية على الغائب والممتنع فيقوم مقامه في تسليم العين كولي الصغير ، (وإن كان) المحكوم به (ديناً أو عيناً في بلدة أخرى) غير بلدة الحاكم (فيأمره أن يقف على الكتاب) ليسلم المكتوب إليه العين لربها أو يأمر المحكوم عليه بوفاء

---

(١) سورة النمل الآية : ٢٩ .

الدين . (وهنا ثلاث مسائل متداخلات : مسألة إحضار الخصم إذا كان غائباً) بعمل القاضي ولو بعدت المسافة ، (ومسألة الحكم على الغائب) إذا كان مسافة قصر فأكثر أو مستتراً ولو بالبلد ، (ومسألة كتاب القاضي إلى القاضي ، وتقدم بعضه في الباب قبله في الحكم على الغائب) قال في الاختيارات : ولو قيل إنما يحكم على الغائب إذا كان المحكوم به حاضراً لأن فيه فائدة وهي تسليمه ، وأما إذا كان المحكوم به غائباً فينبغي أن يكاتب الحاكم بما ثبت عنده من شهادة الشهود حتى يكون الحكم في بلد التسليم - لكان متوجهاً . (ويقبل) كتاب القاضي (فيما حكم به) الكاتب من حق إنسان فيتعين عليه وفاؤه ، أو على غائب بعد إقامة البينة عنده ويسأله أن يكتب له كتاباً بحكمه إلى قاضي بلد الغائب ويكتب إليه ، أو تقوم البينة على حاضر فهرب قبل الحكم عليه فيسأل رب الحق الحاكم الحكم عليه وأن يكتب له كتاباً بحكمه (لينفذه) المكتوب إليه (ولو كانا) أي القاضيان الكاتب والمكتوب إليه (ببلد واحد أو) كان (كل) واحد (منهما ببلد ولو) كان أحد البلدين (بعيداً) عن الآخر مسافة القصر فأكثر لأن حكم الحاكم يجب إمضاؤه على كل حال ، (إلا فيما ثبت عنده) أي القاضي الكاتب (ليحكم به) المكتوب إليه فلا يقبل (إلا في مسافة قصر فأكثر) ؛ لأنه نقل شهادة فيعتبر فيه ما يعتبر في الشهادة على الشهادة ، وكتابه بالحكم ليس هو نقلاً وإنما هو خبر ، والثبوت ليس بحكم كما تقدم ، وللحاكم الذي اتصل به ذلك الثبوت الحكم به إذا كان يرى صحته ، قال في الفروع : فيتوجه لو أثبت حاكم مالكي وقفاً لا يراه كوقف الإنسان على نفسه بالشهادة على الخط ؛ فإن حكم الخلاف في العمل بالخط كما هو المعتاد ، فلحاكم حنبلي يرى صحة الحكم أن ينفذه في مسافة قريبة وإن لم يحكم بل قال : ثبت هذا ، فكذلك لأن الثبوت عند المالكي حكم ، ثم إن رأى الحنبلي الثبوت حكماً نفذه ، وإلا فالخلاف في قرب المسافة ولزوم الحنبلي تنفيذه ينبني على تنفيذ الحكم المختلف فيه ، وحكم المالكي مع علمه باختلاف العلماء في الخط لا يمنع كونه مختلفاً فيه ؛ ولهذا لا تنفذه الحنفية حتى ينفذه حاكم ، وللحاكم الحنبلي الحكم بصحة الوقف مع بعد المسافة ، ومع قربها الخلاف. (ولو سمع) الكاتب (البينة ولم يُعَدِّ لَهَا وجعل تعديلها إلى الآخر) أي المكتوب إليه (جاز) ذلك (مع بعد المسافة) لا مع قربها ، (وله) أي القاضي (أن يكتب إلى قاضي معين و) إلى قاضي (مصرٍ أو) قاضي (قرية) معينين ، (و) أن يكتب (إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين) ويلزم من وصله قبوله ؛ لأنه كتاب حاكم من ولايته فلزم قبوله ، كما لو كان الكتاب إليه بعينه ، (ويشترط لقبوله) أي كتاب القاضي (أن يقرأ على عدلين وهما ناقلاه) أي الكتاب إلى المكتوب إليه ليتحملا الشهادة به ، وسواء كانت القراءة من حاكم أو غيره ، والأولى أن يقرأه الحاكم لأنه

أبلغ، والأحوط أن يقرأ معه فيما يقرؤه ، (ويعتبر ضبطهما) أي الشاهدين الناقلين لكتاب القاضي (لمعناه وما يتعلق به الحكم فقط) يعني دون ما لا يتعلق به الحكم لأن القصد المعنى دون الألفاظ ، (ثم يقول) القاضي الكاتب : (هذا كتابي) إلى فلان ابن فلان (أو) يقول : (اشهدا على أن هذا كتابي إلى فلان بن فلان) أو إلى من يصل إليه من القضاة ؛ لأنه يحمل الشهادة ؛ فوجب أن يعتبر فيه الشهادة كالشهادة على الشهادة ، (وإن قال : اشهدا على بما فيه ، كان أولى) لأنه أصرح في المقصود ، (ولا يشترط) قوله : اشهدا على ، (ويدفعه) أي الكتاب (إليهما ، والأولى ختمه احتياطاً) بعد أن يقرأ على الشاهدين ، ولا يشترط الختم لأن الاعتماد على شهادتهما لا على الختم، وكتب النبي ﷺ إلى قيصر كتاباً ولم يختمه ، فقيل له : إنه لا يقرأ كتاباً غير مختوم ، فاتخذ الخاتم ، فكتابته أولاً بغير ختم دليل على أنه لا يعتبر وإنما اتخذه ليقرأ كتابه ، (ويقبضان) أي الشاهدان (الكتاب قبل أن يغيبا لئلا يدفع إليهما غيره) ثم إن قل ما في الكتاب اعتمد على حفظه وإلا كتب كل منهما نسخة به ، (فإذا وصلا إلى المكتوب إليه دفعا إليه الكتاب فقرأه الحاكم أو غيره عليهما ، فإذا سمعاه قالا : نشهد أن هذا كتاب فلان إليك كتبه بعمله) أي محل نفوذ حكمه ، (ولا يشترط قولهما : قرىء علينا أو : اشهدنا عليه) اعتماداً على الظاهر ، (وإن أشهدهما عليه مدروجاً) أي مطوياً (مختوماً من غير أن يقرأ عليهما - لم يصح) لأنها شهادة بمجهول لا يعلمانه أشبه ما لو قال : لتشهدا أن لفلان على فلان مالاً ، (ولا يكفي معرفة المكتوب إليه خط الكاتب و) معرفته (ختمه) لأن الخط يشبه والختم يمكن التزوير عليه ، ولأنه نقل حكم أو إثبات فلم يكن فيه بد من إشهاد عدلين كالشهادة على الشهادة ، (كما لا يحكم بخط شاهد ميت ، وتقدم : لو وجدت وصيته بخطه) وعلم أنه خطه عمل به لدعاء الحاجة ، (وتقدم العمل بخط أبيه بوديعة أو دين له أو عليه) في باب الوديعة موضحاً . (وكتابه) أي القاضي (في غير عمله أو بعد عزله كخبره) فيقبل (كما تقدم في الباب قبله ، ويشترط أن يصل الكتاب إلى المكتوب إليه في موضع ولايته) لأن الشهادة لا يسمعها في غيره ، (فإن وصله) الكتاب (في غيره) أي غير موضع ولايته (لم يكن له قبوله حتى يصير إلى موضع ولايته) لأنه محل نفوذ حكمه ، (ولو ترافع إليه) أي القاضي (خصمان في غير محل ولايته لم يكن له الحكم بينهما بحكم ولايته) لأنه لا ولاية له عليهما إذن ، (فإن تراضيا به) أي أن يحكم بينهما (فكما لو حكما رجلاً يصلح للقضاء) فينفذ حكمه من حيث كونه محكماً لا حاكماً ، (وسواء كان الخصمان من أهل عمله أو لا) إذ العبرة بكونه بمحل ولايته ومن طرأ إليه نفذ حكمه فيه ، بخلاف من خرج منه إلى غيره ، (إلا أن يأذن الإمام لقاضٍ أن يحكم بين أهل ولايته حيث كانوا

ويمنعه من الحكم بين غير أهل ولايته حيثما كان ، فيكون الأمر على ما أذن) الإمام (فيه) لأنه صاحب الولاية ، (أو) على ما (منع منه) الإمام لأنه ذو الولاية فتراعى كيف صدرت منه ، (ويقبل كتابه في حيوان وعبد وجارية) شهد الشاهدان بها (بالصفة اكتفاء بها) أي بالصفة (كمشهود عليه) بالصفة فيقبل كتاب القاضي بذلك ؛ لأن الحيوان الموصوف يثبت في الذمة بعقد السلم أشبه الدين ، و (لا) يقبل كتابه في مشهود (له) بالصفة ، لأن المشهود له لا يشهد له إلا بعد دعواه بخلاف المشهود عليه والمشهود له . (ولا يحكم) المكتوب إليه (باليمين الغائبة) إذا شهدت البينة بها (بالصفة) عند الكاتب ، وكتب إليه بذلك ، (فإن لم تثبت مشاركته) أي الحيوان المدعى به أو العبد (في صفة - أخذه مدعيه بكفيل مختوماً عنقه بخيط لا يخرج من رأسه، وبعثه القاضي المكتوب إليه إلى القاضي الكاتب لتشهد البينة على عينه ، فإذا شهدا عليه دفع إلى المشهود له به) لزوال الإشكال (وكتب) القاضي الكاتب أولاً (له) أي للمدعي (كتاباً) بما ثبت له (ليبرأ كفيله) من كفالته به لأنه أخذ ما يستحقه ، (وإن كان المدعي) به (جارية سُلِّمت إلى أمين يوصلها) للحاكم الكاتب احتياطاً للفروج ، فاذا شهدت البينة على عينها سلمت للمدعي ، (وإن لم يثبت له) أي للمدعي بما ذكر (ما ادعاه) كما تقدم (لزمه رده ومؤنته) أي الرد ونفقة الحيوان أو العبد أو الجارية (منذ تسلمه) المدعي ، (فهو) أي المدعي (فيه) أي فيما قبضه لتشهد البينة على عينه إذا لم تثبت له (كغاصب في ضمانه) إن تلف ، (وضمان نقصه) إن نقص ، (و) ضمان (منفعته) وهو معنى قوله : (ويلزمه أجرته إن كان له أجرة) بأن كان يؤجر عادة (إلى أن يصل إلى صاحبه) لأن أخذه بلا حق ، وفي الرعاية : دون نفعه ، أي فلا يضمنه، (وإذا وصل الكتاب) إلى القاضي المكتوب إليه (وأحضر الخصم المذكور فيه باسمه ونسبه وحليته ، فإن اعترف بالحق لزمه أداؤه) لمستحقه ليبرأ إليه منه ، (وإن قال) الخصم : (ما أنا المذكور في الكتاب - قبل قوله بيمينه) لأنه مُنْكِر (ما لم تقم) عليه (بينة) أنه المذكور في الكتاب فيقضى بها لرجحانها على قوله ، (فإن) لم تكن بينة فطلب يمينه فـ(ـنكل) عن اليمين (قضى عليه) بالنكول ، (وإن أقر بالاسم والنسب) المذكور في الكتاب (أو ثبت) الاسم والنسب (ببينة ، فقال) الخصم : (المحكوم عليه غيري ، لم يقبل إلا ببينة تشهد أن في البلد آخر كذلك) أي بهذا الاسم والنسب ، لأن الظاهر عدم المشاركة في ذلك فإن شهدت البينة أن بالبلد كذلك (ولو ميتاً يقع به إشكال) قبلت لأنه ممكن ، (فإن كان) المشارك في الاسم والنسب (حياً - أحضره الحاكم وسأله عن الحق ، فإن اعترف به ألزمه) الحاكم (به) سواء أخذه له بإقراره (وتخلص) الأول

لظهور براءته ، (وإن أنكره) الثاني (وقف الحكم) للالتباس والإشكال ، (ويكتب) المكتوب إليه (إلى الحاكم الكاتب يعلمه الحال وما وقع من الإشكال حتى يحضر) الكاتب (الشاهدان فيشهدا عنده) أي المكتوب إليه (بما يتميز به المشهود عليه منهما) لأنه يحتمل أن يكون الحق على المشارك فإن ادعى المسمى أنه كان بالبلد من يشاركه في الاسم والصفة ومات ولم يكن ممن يمكن أن يجري بينه وبين المحكوم له معاملة لم يقبل منه ، (وإن مات القاضي الكاتب) لم يقدح في كتابه (أو عزل) القاضي الكاتب (لم يقدح) ذلك (في كتابه) لأن المعول في الكتاب على الشاهدين ، وهما حيان ، فوجب أن يقبل الكتاب كما لو لم يمت أو ينعزل ، ولأن الكتاب إن كان فيما حكم به فحكمه لا يبطل بهما ، وإن كان فيما ثبت عنده فهو أصل ، واللذان شهدا عليه فرع ، ولا تبطل شهادة الفرع بموت الأصل ، (وإن فسق) الكاتب (قبل الحكم بكتابه لم يحكم به) لأن بقاء عدالة شاهدي الأصل شرط في الحكم بشاهدي الفرع ، فكذلك بقاء عدالة الحاكم لأنه بمنزلة شاهدي الأصل ، (وإن فسق) الكاتب (بعده) أي الحكم (لم يقدح فيه) قال ابن المنجا : كما لو حكم بشيء ثم فسق ، وقال في الشرح : كما لو حكم بشيء ثم بان فسقه فإنه لا ينقض ما مضى من أحكامه فكذا هنا . (وإن تغيرت حال) القاضي (المكتوب إليه بموت أو عزل أو فسق فعلى من وصل إليه الكتاب ممن قام مقامه) بل من سائر الحكام (العمل به اكتفاء بالبينة) أي لأن المعول على ما حفظه الشهود وتحملوه ، ومن تحمل شهادة وشهد بها وجب على كل قاضٍ الحكم بها (بدليل ما لو ضاع الكتاب أو انمحى وكانا يحفظان ما فيه أي ما يتعلق به الحكم فإنه يجوز أن يشهدا بذلك ولو أدياه بالمعنى) لأنه المقصود دون اللفظ ، (وكما لو شهدا بأن فلاناً القاضي حكم بكذا لزمه إنفاذه) ولو شهد حاملا الكتاب بخلاف ما فيه - قبل المكتوب إليه شهادتهما اعتماداً على العلم بما أشهدهما به الكاتب على نفسه ، (ومتى قدم الخصم المثبت عليه بلد) الحاكم (الكاتب ، فله الحكم عليه بلا إعادة شهادة) إذا سأله رب الحق ذلك .



فصل

وإذا حكم عليه المكتوب إليه

بما ثبت من الحق عند القاضي الكاتب (فسأله) أي سأل المحكومُ عليه الحاكمَ عليه (أن يكتب له إلى الحاكم الكاتب) كتاباً (أنك قد حكمت عليَّ فلا يحكم علي ثانياً - لم يلزمه ذلك) لأن الحاكم إنما يحكم فيما ثبت عنده ليحكم أو فيما حكم به لينفذه غيره وكلاهما مفقود هنا ، والوجه الثاني : يلزمه ، جزم به في المحرر والوجيز والفروع

ليخلص مما خافه ، (وإن سأله أن يشهد عليه بما جرى لئلا يحكم عليه) القاضي (الكاتب) لزمه إجابته ، (أو سأله) أي الحاكم (من ثبتت براءته مثل أن أنكر وحلفه أو) سأل من (ثبت حقه عنده أن يشهد له بما جرى من براءة أو ثبوت مجرد) عن حكم (أو متصل بحكم أو تنفيذ أو الحكم له بما ثبت عنده ، لزمه إجابته) لأنه من الجائز أن يطول الزمان على الحق فإذا طولب أو طالب به لم يكن بيده حجة وربما نسي القاضي أو مات أويطالبه الغريم في صورة البراءة مرة أخرى عنده إذا نسي أو عند غيره ؛ فوجب عليه الإشهاد لئلا يضيع حقه من ذلك ، (وإن سأل مع الإشهاد كتابة وأتاه بكاغد) بفتح الغين المعجمة وبالدال المهملة وربما قيل بالمعجمة ، وهو معرب ، قاله في حاشيته ، (أو كان من بيت المال كاغد) معه (لذلك - لزمه) أي الحاكم إجابته لذلك لأن ذلك وثيقة للخصم فلزمه كتابتها (كساعٍ) أي عامل على الزكاة إذا طلب المزكي منه الكتابة (بأخذه زكاة) ، وكذا معشر ويأخذ العشر أو نصفه من تجار حرب أو ذمة لتكون براءة له إذا مر به آخر ، وتقدم أنه يلزمه من له حق بوثيقة إذا استوفاه الإشهاد به لا دفع الوثيقة، وكذا بائع عقار وثيقة يلزمه الإشهاد لا دفع الوثيقة ، (وما تضمن الحكم ببينة يسمى سجلاً وغيره) أي غير ما تضمن الحكم ببينة ، وهو ما تضمن الحكم بإقرار أو نكول يسمى (محضراً) بفتح الميم والضاد ، وهو الصك ، سمي بذلك لما فيه من حضور الخصمين والشهود ، (والمحضر شرح ثبوت الحق عنده) لا الحكم بثبوته ، وهذه التسمية اصطلاحية ، وأما السجل وأصله الصحيفة المكتوبة قال ابن دريد : السجل الكتاب . إلا أنه خص بما تضمن الحكم اصطلاحاً ، (والأولى جعل السجل نسختين : نسخة يدفعها) الحاكم (إليه) أي الطالب لها لتكون وثيقة بحقه ، (و) النسخة (الأخرى عنده) أي عند الحاكم ليرجع إلى النسخة التي عنده عند ضياع ما بيد الخصم أو الاختلاف لأن ذلك أحوط ، وفي زماننا تترك الوثائق بكتاب مجمعها مدة ثم مدة بحسب ما يسع لها ، وفيه من الحفظ ما لا يخفى وهو أحوط مما تقدم أيضاً ، (والكاغد) لذلك (من بيت المال) لأنه من المصالح العامة (فإن لم يكن) يؤخذ من بيت المال (فمن مال المكتوب) لأنه من مصلحته ، (وصفة المحضر : بسم الله الرحمن الرحيم) وينبغي كتابتها سطراً وحدها إلى ما يحاذي علامة القاضي حتى لا تعلو اسم الله ، (حضر القاضى فلان بن فلان قاضي عبد الله الإمام على كذا) أي مصرٍ مثلا ، (وإن كان القاضي نائباً كتب : خليفة القاضي فلان قاضي الإمام) وقدم المفعول هنا اهتماماً وتعظيما له (في مجلس حكمه وقضائه بموضع كذا مدعٍ) هو فاعل حضر (ذكر أنه فلان بن فلان) ، ويذكر ما يميزه ، (وأحضر معه مدعى عليه ذكر أنه فلان بن فلان) ، ويذكر ما يتميز به ، (ولا يعتبر ذكر الجد بلا حاجة) إليه ، وإلا فلا بد من ذكره ، (والأولى ذكر حليتهما إن جهلهما)

فيكتب : أسود أو أبيض أو أنزع أو أغم أو أشهل أو أكحل ، أقنى الأنف أو أفطس ، دقيق الشفتين أو غليظهما ، طويل أو قصير أو ربعة ، ونحو هذا التمييز ولا يقع اسم على اسم احتياطاً خصوصاً في هذه الأزمنة وكثرة الحيل والتوسل إلى الباطل ، فإن لم يجهلها القاضي كتب : فلان وفلان ونسبهما ، وإن جهل أحدهما دون الآخر كتب في كل منهما ما يناسبه (فادعى عليه بكذا فأقر له أو فأنكر ، فقال) القاضي (للمدعي : لك بينة ؟ فقال : نعم . فأحضرها وسأله) أي يسأل المدعي الحاكم (سماعها ففعل أو فأنكرَ) المدعي عليه ، (ولا بينة) للمدعي (وسأل) المدعي (تحليفه فحلفه وإن نكل ذكره) أي النكول (وإنه قضى بنكوله وسأله) المدعي (كتابة محضر في يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا ، ويعلم) على رأس المحضر ، ذكره في المبدع (في الإقرار والإحلاف ، جرى الأمر على ذلك) لأن ذلك أمر جرى ، (و) يعلم (في البينة : شهدا عندي بذلك) ، وتقدم قوله في الرعاية : أو عادة بلده *

قلت : وكذا ينبغي في كتابة المحضر أن يكتب على عادة بلده ، ويرشد إليه حديث : «أمِرْتُ أنْ أُخاطِبَ النَّاسَ بما يَفْقَهُونَ » ولأن المدار على أداء المعنى ، ويكتب على ذلك في رأس المحضر : الحمد لله وحده ، أو نحوه ، ذكره في الرعاية ، وتقدم معناه . (وإن ثبت الحق بإقرار) المدعى عليه (لم يحتج إلى) ذكر (مجلس حكمه) لأن الاعتراف يصح منه في مجلس الحكم وغيره ، وإن كتب : أشهد على إقراره شاهدين، كان آكد ، ذكره في الشرح والرعاية بخلاف ما إذا ثبت الحق بالبينة لأنها لا تسمع إلا في مجلس الحكم.



فصل
وأما السجل

بكسر السين والجيم ، قال في المبدع : الكتاب الكبير (فلإنفاذ ما ثبت عنده والحكم به) هذا بيان معناه : (وصفته أن يكتب) : بسم الله الرحمن الرحيم ، قاله في الشرح والمنتهى ، (هذا ما شهد عليه القاضي فلان كما تقدم من حضره من الشهود أشهدهم أنه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان وقد عرفهما بما رأى معه قبول شهادتهما بمحضر من خصمين ، وليذكرهما إن كانا معروفين ، وإلا قال : مدع ومدعى عليه جاز حضورهما وسمع الدعوى من أحدهما على الآخر معرفة فلان بن فلان) معرفة بالرفع فاعل ثبت عنده ، (ويذكر المشهود عليه) لأنه الأصل (وإقراره) بالرفع عطف على معرفة فلان والتقدير ثبت عنده معرفة ابن فلان وإقراره ، ويصح نصبه عطفاً على المشهود عليه أي

ويذكر المشهود عليه وإقراره (تطوعاً في صحته منه وجواز أمر) حتى يخرج المكره ونحوه (بجميع ما سمي به ووصف في كتابه نسخة ، وينسخ الكتاب المثبت أو المحضر جميعه حرفاً بحرف ، فإذا فرغه قال : وإن القاضي أمضاه وحكم به على ما هو الواجب في مثله بعد أن سأله ذلك والإشهاد به الخصم المدعي ونسبه) يعنى يذكر اسمه ونسبه ، (ولم يدفعه الخصم الحاضر معه بحجة وجعل كل ذي حجة على حجة وأشهد القاضي فلان على إنفاذه وحكمه وإمضائه من حضره من الشهود في مجلس حكمه في اليوم المؤرخ فى أعلاه وأمر بكتب هذا السجل نسختين متساويتين) لأنهما التي تقوم إحداهما مقام الأخرى (نسخة منهما تخلد بديوان الحكم ، والديوان بكسر الدال وفي لغة بفتحها ، قال ابن الأثير في النهاية : وهو الدفتر ثم أطلق على الحاسب ثم أطلق على موضع) الحاسب ، (ونسخة يأخذها من كتبها وكل واحدة حجة بما أنفذه فيها) لتضمنهما ذلك ، (ولو لم يذكر) بمحضر (من خصمين ساغ لجواز القضاء على الغائب) وإنما ذكر فيما تقدم للخروج من الخلاف ، (ومهما اجتمع عنده من محاضر وسجلات في كل أسبوع أو شهر أو سنة على حسبها قلة وكثرة ضم بعضها إلى بعض) لأن إفراد كل واحدة يشق (وكتب محاضر وسجلات كذا في وقت كذا) لتتيمز وليمكن إخراجها عند الحاجة إليها. قال في الكافي : فإن تولى ذلك بنفسه ، وإلا وكَّل أمينه ، وذكر في الرعاية أنه يكتب مع ذلك أسماء أصحابها ويختم عليها ، وإن أحضر خصمه وادعى عليه فأنكر ذكر القاضي أنه حكم عليه بالبينة مثلاً أو بالنكول . وأما صفة كتاب القاضي إلى القاضي فقال في شرح المقنع : بسم الله الرحمن الرحيم ، سبب هذه المكاتبة أطال الله بقاء من تصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم أنه ثبت عندي في مجلس حكمي وقضائي الذي أتولاه في مكان كذا ، وإن كان نائباً ذكر : الذي أنوب فيه عن القاضي فلان بمحضر من خصمين مدعٍ ومدعًى عليه جاز استماع الدعوى منهما وقبول البينة من أحدهما على الآخر بشهادة فلان وفلان وهما من الشهود المعدلين عندي عرفتهما وقبلت شهادتهما بما رأيت معه قبولها معرفة فلان بن فلان الفلاني بعينه ونسبه واسمه ، فإن كان في إثبات أسر أسير قال : وإن الفرنج خذلهم الله تعالى أسروه من مكان كذا في وقت كذا وحملوه إلى مكان كذا وهو مقيم تحت حوطهم وأنه فقير من فقراء المسلمين ليس له شيء من الدنيا لا يقدر على فكاك نفسه ولا على شيء منه وأنه يستحق الصدقة على ما يقتضيه كتاب المحضر المتصل أوله بآخر كتابي المؤرخ بكذا ، وإن كان في إثبات دين قال : وإنه يستحق في ذمته فلان بن فلان الفلاني ويرفع في نسبه ويصفه بما يتميز به من الدين كذا وكذا ديناً عليه حالا وحقاً وإجباراً لازماً وأنه يستحق المطالبة به واستيفاءه منه ، وإن كان في إثبات عين كتب ، وأنه مالك لما في يد فلان من الشيء الفلاني ويصفه بصفة يتميز

بها مستحق لأخذه وتسليمه على ما يقتضيه كتاب المحضر المتصل بآخر كتابي هذا المؤرخ بتاريخ كذا ، وقال الشاهدان المذكوران إنهما عالمان بما شهدا به وإنهما لا يعلمان خلاف ما شهدا به إلى حين أقاما الشهادة عندي ، فأمضيت ما ثبت عندي من ذلك وحكمت بموجبه بسؤال من جاز مسألته وسألني من جاز سؤاله ، وشرعت الشريعة المطهرة إجابته المكاتبة إلى القضاة والحكام فأجبته إلى ما التمسه لجوازه شرعاً وتقدمت بهذا فكتب ، وبإلصاق المحضر المشار إليه فألصق ممن وقف عليه منهم وتأمل ما ذكرته وتصفح ما سطرته واعتمد في إنفاذه والعمل بموجبه ما يوجبه الشرع المطهر أحرز من الأجر إجزاء له وكتب من مجلس الحكم المحروس من مكان كذا في وقت كذا ، ولا يشترط أن يذكر القاضي اسمه في العنوان ولا ذكر المكتوب إليه في باطنه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : إذا لم يذكر اسمه فلا يقبله ؛ لأن الكتاب ليس إليه ، ولا يكفي ذكر اسمه في العنوان دون باطنه لأن ذلك لم يقع على وجه المخاطبة . ولنا أن المعول فيه على شهادة الشاهدين على الحاكم الكاتب بالحكم ، وذلك لا يقدح ، ولو ضاع الكتاب أو انمحى سمعت شهادتهما وحكم بها .



باب
القسمة

بكسر القاف اسم مصدر قسم يقسم قسماً . قال الجوهري : القسم مصدر قسمت الشيء فانقسم وقاسمه المال وتقاسماه واقتسماه ، (وهي تمييز بعض الأنصباء عن بعض وإفراز ما عنها) وأجمعوا على جوازها . وسنده قوله تعالى : ﴿ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ ﴾ (١) ، ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ ﴾ (١) الآية ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة فيما لم يقسم » ، وكان يقسم الغنائم بين أصحابه ، والحاجة داعية إلى ذلك ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على حسب اختياره ويتخلص من سوء المشاركة وكثرة الأيدي . (وهي) أي القسمة (نوعان : أحدهما قسمة تراضٍ لا تجوز إلا برضا الشركاء كلهم وهي ما فيها ضرر ورد عوض من أحدهما) على الآخر (كالدور الصغار والحمام والطاحون الصغيرين والعضائد الملاصقة أي المتصلة صفاً واحداً، وهي) أي العضائد (الدكاكين اللطاف الضيقة) ، وقال في المبدع : واحدتها عضادة وهي ما يصنع لجريان الماء فيه من السواقي ذوات الكتفين ومنه عضادتا الباب وهما جنباه من جنبيه ، (فإن طلب أحدهما) أي أحد الشريكين (قسمة بعضها في بعض) أي أن يجعل بعضها في مقابلة بعض (لم يجبر الآخر ؛ لأن كل واحد منهما منفرد ويقصد بالسكن ولكل واحد منها طريق مفرد) وكل عين منها تختص باسم وصورة ولو بيعت إحداهما لم تجب الشفعة لمالك التي تجاهها ، (فيجري) ذلك مجرى الدور المتجاورة فلا يمكن قسمة كل عين مفردة ، وكذا الشجر المفرد والأرض التي ببعضها بئر أو بناء أو نحوه، أي ونحو ما ذكر فتعتبر كل عين منها على حدتها ، (و) حيث (لا يمكن قسمة بالأجزاء والتعديل) لا يقسم بغير رضا الشركاء كلهم ، (فإن قسموه أعياناً برضاهم بالقيمة جاز لأن الحق) لا يعدوهم (وحكمها) أي قسمة التراضي (كبيع) لأن صاحب الزائد بذل المال عوضاً عما حصل له من حق شريكه ، وهذا هو البيع ، (قال المجد : الذي تحرر عندي فيما فيه رد أنه بيع فيما يقابل الرد) أي العوض الذي رد من أحدهما على الآخر (وإفراز في الباقي . انتهى .) ، ويؤيده قول القاضي في التعليق وصاحب المبهج والموفق في الكافي : البيع ما فيه رد عوض وإن لم يكن فيه رد عوض فهي إفراز النصيبين وتمييز الحصص وليست بيعاً ، واختاره الشيخ تقي الدين ، (فلا يجوز فيها) أي قسمة التراضي (ما لا يجوز في البيع) لأنها نوع من أنواعه ، (ولا يجبر عليها الممتنع)

---

(١) سورة القمر الآية : ٢٨ .	(٢) سورة النساء الآية : ٨

منهما لحديث ابن عباس مرفوعاً : « لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ » رواه أحمد وابن ماجة والدارقطني ، قال النووي : حديث حسن وله طرق يقوي بعضها بعضاً ؛ ولأنه إتلاف وسفه يستحق به الحجر أشبه هدم البناء ، وعلم من قوله : ولا يمكن قسمه بالأجزاء والتقدير أنه لو أمكن قسمه بالأجزاء مثل أن تكون البئر واسعة يمكن أن يجعل نصفها لواحد ونصفها للآخر ويجعل بينهما حاجز في أعلاها ، أو يكون البناء كبيراً يمكن أن يجعل لكل واحد منهما نصفه ، أو أمكن القسم بالتعديل كأن يكون في أحد جانبي الأرض بئر يساوي مائة وفي الجانب الآخر منها بئر يساوي مائة فهو من قسمة الإجبار لانتفاء الضرر ، (فلو) كان لهما علو وسفل ، و (قال أحدهما : أنا آخذ الأدنى ويبقى لي في الأعلى تتمة حصتي فلا إجبار) للشريك الممتنع منهما على ذلك ؛ لأنها بيع ولا إجبار فيه كما سبق ، (ومن دعا شريكه فيها) أي في الدور الصغار ونحوها مما تقدم إلى البيع أجبر (أو) دعا شريكه (في شركة عبد أو بهيمة أو سيف ونحوه) ككتاب (إلى البيع أجبر) إن امتنع عن البيع ليتخلص الطالب من ضرر الشركة ، (فإن أبى) الممتنع البيع (بيع) أي باعه الحاكم (عليهما) لأنه حق عليه كما بيع الرهن إذا امتنع الراهن (وقسم الثمن) بينهما بحسب الملك لأنه عوضه (نصاً ، قال الشيخ : وهو مذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد) رحمهم الله ، (وكذا لو طلب) أحدهما (الإجارة ولو في وقف) فيجبر الممتنع فإن أصر أجبره الحاكم عليهما وقسم الأجرة بينهما بحسب الملك أو الاستحقاق ، (والضرر المانع من قسمة الإجبار نقص قيمة المقسوم بها) لأن نقص قيمته ضرر وهو منتف شرعاً وسواء انتفعوا به مقسوماً أو لا ، ولا يعتبر الضرر (بكونهما لا ينتفعان به مقسوماً) خلافاً لظاهر الخرقي ، واختاره الموفق ، وذكر في الكافي أنه القياس، وهو رواية ، (وتقدم بعض ذلك في الشفعة ، فإن تضرر بها) أي القسمة (أحد الشريكين وحده كرب الثلث مع رب الثلثين فطلب أحدهما القسمة لم يجبر الممتنع) ولو كان الطالب هو المتضرر لأن فيه إضاعة مال ولأنها قسمة يضر بها صاحبه فلا يجبر عليها كما لو استضرا معاً . (وما تلاصق من دور وعضائد ونحوها) كأقرحة وهي الأرض التي لا ماء بها ولا شجر كمتفرق (يعتبر الضرر في عين وحدها) لما تقدم ، (ومن كان بينهما عين بهائم أو ثياب أو نحوها) كأواني فإن كانت (من جنس واحد) وفي المغني من نوع (فطلب أحدهما قسمها أعياناً) وأمكن أن تعدل (بالقيمة أجبر الممتنع إن تساوت القيمة) لحديث عمران بن حصين أن رجلا أعتق في مرضه ستة أعبد، وأن النبي ﷺ جزأهم ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة ، وهذه قسمة لهم ولأن ذلك عين أمكن قسمتها ولا ضرر ولا رد عوض ، فأجبر الممتنع كما لو كانت أرضاً ، (وإلا) أي وإن لم تتساو القيمة (فلا) إجبار (كاختلاف أجناس) بأن كان بعض البهائم ضأناً

وبعضها بقراً ، (والآجُرّ) وهو اللبن المشوي (واللبِن) بكسر الموحدة تحت وهو غير المشوي (المتساوي القوالب من قسمة الأجزاء) للتساوي في القدر (والمتفاوت) القوالب (من قسمة التعديل) بالقيمة ، (فإن كان بينهما حائط أو عرصة حائط وهي موضعه بعد استهدامه) أي الحائط (فطلب أحدهما قسمته) أي الحائط أو عرصته (ولو طولاً في كمال العرض) لم يجبر ممتنع (أو) طلب قسمة (العرصة عرضاً ، ولو وسعت حائطين لم يجبر ممتنع) قال في شرح المحرر : لأنه إن كان الحائط مبنياً لم تمكن قسمته عرضاً في تمام طوله بدون نقضه لينفصل أحدهما من الآخر ، وذلك لا يجوز الإجبار عليه ولا طولاً في تمام العرض لأن كل قطعة من الحائط ينتفع بها على حدتها ، والنفع فيها مختلف فلا يجوز إجبار واحد منهما على ترك انتفاعه بمكان منه واحد كما لو كانا دارين أو عضادتين متلاصقتين ، وهذا بخلاف الأرض الواسعة فإن الانتفاع بالجميع منها على وجه واحد ، وإن كان الحائط غير مبني فهو كالعرصة الضيقة ، والعرصة الضيقة لا يجوز الإجبار في قسمتها فكذلك هذه ، (وإن كان بينهما دار لها علو وسفل فطلب أحدهما قسمها لأحدهما العلو وللآخر السفل) فلا إجبار ، (أو طلب) أحدهما (قسمة السفل دون العلو أو عكسه) بأن طلب قسمة العلو دون السفل فلا إجبار لأن لكل واحد منهما مسكن منفرد ولأن في إحدى الصور قد يحصل لواحد منهما علو سفل الآخر فيتضرر كل منهما وفي أحدهما لا يحصل التمييز (أو) طلب أحدهما (قسمة كل واحد) من العلو والسفل (على حدة فلا إجبار) لما فيه من الضرر (ولو طلب أحدهما قسمتهما) أي العلو والسفل (معاً ولا ضرر) ولا رد عوض (وجب) وأجبر الممتنع (وعدل بالقيمة) لأنه أحوط و (لا) يحصل (ذراع سفل بذراعي علو) ولا عكسه (ولا ذراع بذراع) إلا أن يتراضيا على ذلك ، (وإن تراضيا) أي الشريكان (على قسم المنافع كدار منفعتها لهما مثل دار وقف عليهما أو مستأجرة) لهما أو لمورثهما (أو ملك لهما فاقتسماها مهيأة بزمان بأن تجعل الدار في يد أحدهما شهراً أو عاماً ونحوه) بحسب ما يتراضيان عليه (وفي يد الآخر مثلها) أي مثل تلك المدة التي كانت فيها بيد الأول (أو) اقتسماها مهايأة (بمكان كسكنى هذا في بيت ، و) سكنى (الآخر في بيت ونحوه جاز لأن المنافع كالأعيان) والحق لهما فيها فجاز ما تراضيا عليه ، (فإن اتفقا على المهايأة وطلب أحدهما تطويل الدور الذي يأخذ فيه نصيبه ، وطلب) الشريك (الآخر تقصيره وجبت إجابة من طلب التقصير لأنه أقرب إلى الاستيفاء ، فإذا تهايئا) عبداً أو نحوه (اختص كل واحد) من الشريكين (بنفقته وكسبه في مدته) ليحصل مقصود القسمة (لكن لا يدخل) في المهايأة (الكسب النادر في وجه كاللقطة والهبة والركاز) إذا وجده

العبد فلا يختص به من هو في نوبته ، وهذا هو مقتضى ما جزم به هو وصاحب المنتهى وغيرهما في آخر اللقطة في المبعض إذا وجدها ، (وإن تهايئا في الحيوان اللبون ليحلب هذا يوماً وهذا يوماً) لم يصح (أو) تهايئا (في الشجرة المثمرة لتكون لهذا عاماً ولهذا عاماً لم يصح) ذلك (لما فيه من التفاوت الظاهر لكن طريقه أن يبيح كل واحد منهما نصيبه لصاحبه في المدة) التي تكون بيده ويكون من باب المنحة والإباحة لا القسمة ، (ويكون ذلك كله) أي ما تقدم من قسمة المنافع بالزمان والمكان (جائزاً لا لازماً) سواء عينا مدة أو لم يعيناها كالعارية من الجهتين (فلو رجع أحدهما قبل استيفاء نوبته فله ذلك ، وإن رجع بعده) أي بعد استيفاء نوبته (غرم ما لم ينفرد به) أي أعطى شريكه نصيبه من أجرة المثل لزمن انفراده بالانتفاع ، (وإن كان بينهما أرض فيها زرع لهما فطلب أحدهما قسمها دون الزرع قسمت كالخالية) من الزرع وأجبر الممتنع لأن الزرع في الأرض كالقماش في الدار وهو لا يمنع قسمة الدار ، فكذا الزرع ولا فرق بين كون الزرع بذراً أو قصيلا أو مشتداً ، (وإن طلب قسمة الزرع دونها) أي الأرض (أو) طلب (قسمتهما معاً فلا إجبار) للممتنع لأن الزرع مودع في الأرض للنقل عنها ، وتعديل الزرع بالسهام لا يمكن لأن الزرع يكون فيه جيد ورديء ، فإن جعل الكثير من الرديء في مقابلة القليل من الجيد كان صاحب الرديء منتفعاً من الأرض بأكثر من حقه منها ، لأن الزرع يجب بقاؤه في الأرض إلى حصاده ، (وإن تراضيا عليه) أي على قسمة الزرع (والزرع قصيل أو) الزرع (قطن جاز) كبيعه ، ولأن الحق لهما والجواز التفاضل إذن ، (وإن كان) الزرع (بذراً أو سنبلا مشتد الحب لم يصح) أي لم يجز لأن البذر مجهول، وأما السنبل فلأنه بيع بعضه ببعض مع عدم العلم بالتساوي ، (وإن كان بينهما نهر أو قناة أو عين نبع ماؤها فالنفقة لحاجة بقدر حقهما) أي حق كل واحد منهما من الماء كالعبد المشترك ، (والماء بينهما على ما شرطاه عند استخراجه) أي الماء لقوله صلى الله عليه وسلم : « المُسْلِمُونَ عَلى شُرُوطِهِمْ » ، (وإن رضيا بقسمه) أي الماء (مهايأة بالزمان) كيوم لهذا ويوم لهذا جاز لأن الحق لهما وكالأعيان ، (أو) تراضيا على قسمة (بميزان بأن ينصب حجر مستو أو) ينصب (خشبة في مصدم الماء ، فيه) أي الحجر أو الخشبة (ثقبان على قدر حقيهما جاز) لأن ذلك طريق إلى التسوية بينهما فجاز قسم الأرض بالتعديل ، (وإن أراد أحدهما أن يسقى بنصيبه أرضاً لا شرب) بكسر الشين وهو النصيب من الماء (لها من هذا الماء لم يمنع) لأن الحق له وهو ينصرف على حسب اختياره وكما لو لم يكن شريكاً ، (وتقدم في باب إحياء الموات) ويجيء على أصلنا أن الماء لا يملك ، وينتفع به كل واحد منهما على قدر حاجته ، قال أبو الخطاب : لأنه من المباحات ولا يملك بملك الأرض .

فصل

النوع الثاني من نوعي القسمة قسمة إجبار لأنه يلي النوع الأول

وهو قسمة التراضي (وهي) أي قسمة الإجبار (ما لا ضرر فيها عليهما) أي الشريكين (ولا على أحدهما ولا ردّ عوض كأرض واسعة وقريبة وبستان ودار كبيرة ودكان واسع ونحوها سواء كانت متساوية الأجزاء أو لا إذا أمكن قسمتها بتعديل السهام من غير شيء يجعل معها ، فإن لم يكن ذاك)،أي تعديل السهام (إلا جعل شيء معها فلا إجبار) لأنه معاوضة فلا يجبر عليها من امتنع منها كسائر المعاوضات ، (ولهما) أي الشريكين (قسم أرض بستان دون شجره وعكسه) بأن يقتسما الشجر دون الأرض (و) قسم (الجميع ، فإن قسما الجميع) أي الأرض والشجر (أو) قسما (الأرض) وحدها (فقسمة إجبار) حيث أمكنت قسمتها بالتعديل من غير رد عوض (ويدخل الشجر تبعاً) للأرض كالبيع ، (وإن قسما) أي طلب أحدهما (الشجر وحده فلا إجبار) لمن امتنع منهما ، (ومن قسمة الإجبار قسمة مكيل وموزون من جنسٍ واحد كدهن) من زيت وشيرج وغيرهما (ولبن ودبس وخل وتمر وعنب ونحوهما) كسائر الحبوب والثمار المكيلة ، (وإذا طلب أحدهما القسمة فيها) أي في المذكورات في هذا النوع (وأبى) الشريك (الآخر أجبر) الممتنع (ولو كان ولياً على صاحب الحصة) لأنه يتضمن إزالة الضرر الحاصل بالشركة وحصول النفع لشريكين ، لأن نصيب كل واحد منهما إذا تميز كان له أن يتصرف فيه بحسب اختياره ويتمكن من إحداث الغراس والبناء ، وذلك لا يمكن مع الاشتراك ، ويشترط للإجبار أيضاً أن يثبت عند الحاكم أنه ملكهم ببينة لأن في الإجبار عليها حكماً على الممتنع منهما فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه ، بخلاف حالة الرضا فإنه لا يحكم على أحدهما ، ويشترط أيضاً أن يثبت عنده انتفاء الضرر ، وإمكان تعديل السهام في العين المقسومة من غير شيء يجعل فيها ، (ويقسم حاكم مع غيبة ولي ، وكذا) يقسم حاكم (على غائب في قسمة إجبار) لأنها حق على الغائب فجاز الحكم عليه كسائر الحقوق ، (فإن كان المشترك مثلياً وهو المكيل والموزون ، وغاب الشريك أو امتنع) من قسمته (جاز لـ)ـلشريك (الآخر أخذ قدر حقه عند أبي الخطاب) وجزم المصنف بمعناه في الوديعة تبعاً للمقنع ، قال في الإنصاف : هذا المذهب وعليه جماهير المحققين . (لا عند القاضي) والناظم ، وهو مقتضى قول المصنف آنفاً ، ومن قسمة الإجبار قسمة مكيل وموزون ؛ إذ القول بإجبار يمنع الأخذ بنفسه ، ووجه قول القاضي أن القسمة مختلف في كونها بيعاً، (وإن الحاكم يرفع النزاع) ويزيل الاختلاف، (وقال الشيخ في) جواب سؤال عن (قرية مشاعة قسمها فلاحوها هل يصح ؟ فقال : إذا

تهايئوا وزرع كل منهم حصته فالزرع له) أي للزارع ، (ولرب الأرض نصيبه) أي القسط المعتاد له نظير رقبة الأرض ، (إلا أن من ترك نصيب مالكه) يعني من نصيب هو يملك بمنفعته (فله أجرة الفضلة) أي أجرة مثلها (أو مقاسمتها) أي أخذ قسمة الفضلة على ما جرت العادة به في ذلك الموضع ، وهذا مبني على ما تقدم عنه أن من زرع أرض غيره بغير عقد لرب الأرض مقاسمته في الزرع إذا كان ذلك عادة أولئك ، ومقتضى كلام الأصحاب : له أجرة المثل من أحد النقدين فقط ، ومقتضى كلامه عدم صحة قسمة أرض من الفلاحين لعدم ملكهم لها لكن الزرع لزراعه على ما سبق تفصيله ، (وهي) أي قسمة الإجبار (إفراز حق) أحدهما من الآخر لأنها لا تفتقر إلى لفظ التمليك ولا تجب فيها شفعة ويدخلها الإجبار . والإفراز مصدر افرزت الشيء يقال فرزته وأفرزته إذا عزلته (لا بيع) أي وليست قسمة الإجبار بيعاً لأنها تخالفه في الأحكام والأسباب فلم تكن بيعاً كسائر العقود ، (فيصح قسم وقف بلا رد من أحدهما) على الآخر (إذا كان) الوقف (على جهتين فأكثر) لأن الغرض التمييز ، (فأما الوقف على جهة واحدة فلا تقسم عينه قسمة لازمة اتفاقاً لتعلق حق الطبقة الثانية والثالثة) وما بعدها ، (ولكن تجوز المهايأة) فيه للموقوف عليهم بالزمان والمكان (وهي قسمة المنافع) قال الشيخ تقي الدين عن الأصحاب : وهذا وجه . ظاهر كلام الأصحاب : لا فرق . قال في الفروع : وهو أظهر ، وفي المبهج لزومها إذا اقتسموا بأنفسهم أو تهايئوا ، (ونفقة الحيوان) إذا تقاسموا نفعه بالمهايأة (مدة كل واحد) من الشركاء (عليه) لأنهم أرفق بهم مع حصول التساوي * قلت : فإن مات الحيوان في نوبة أحدهم فلا ضمان عليه لأن ما يستوفيه من المنافع في نظير ما يستوفيه شريكه فهو في معنى الإجارة لا العارية . (وإن نقص الحادث عن العادة) لعجز في الحيوان ونحوه (فللآخر الفسخ) لأن المهايأة غير لازمة كما تقدم ويرجع على شريكه بحصته مما استوفاه زائداً عنه ، (وتجوز قسمة ما بعضه وقف وبعضه طلق) بكسرالطاء أي حلال ، وسمي المملوك طلقاً لأن جميع التصرفات فيه حلال ، والموقوف ليس كذلك (بلا در عوض من رب الطلق) على الموقوف عليه لأن الغرض التمييز ، (و) تجوز القسمة (برد عوض من مستحق الوقف) لأنه يشترى بعض الطلق بخلاف عكسه ؛ فإن بيع الوقف غير جائز ، (و) تجوز قسمة (الدين في ذمم الغرماء) حيث قلنا إنها إفراز لا بيع ، تبع فيه الإنصاف هنا ، (وتقدم في الشركة) أنه لا يصح، (وتجوز قسمة الثمار خرصاً) إن كانت مما يخرص كالنخل والكرم ، (ولو) كانت الثمار (على شجر قبل بدو صلاحه) أي الثمر ولو (بشرط التبقية ، و) تجوز (قسمة لحم هدي وأضاحي وغيرهما) من الذبائح ، (و) قسمة (مرهون ، فلو رهن) شريك (سهمه مشاعاً ثم قاسم شريكه صح) ولو بغير إذن المرتهن ، (واختص قسمه بالرهن،

وتجوز قسمة ما يكال وزناً و) قسمة (ما يوزن كيلاً وتفرقهما قبل القبض فيهما) لأن التفرق إنما منع منه في البيع ، وهذا إفراز . (ولا خيار فيها) أي في القسمة (ولا شفعة، ولا يحنث من حلف لا يبيع إذا قاسم) لأن ذلك ليس ببيع ، (ولو كان بينهما ماشية مشتركة فاقتسماها في أثناء الحول واستداما خلطة الأوصاف لم ينقطع الحول) لأن أحدهم لم ينفرد عن الآخر ولا بيع ، (وإن ظهر في القسمة غبن فاحش لم تصح) القسمة لتبين فساد الإفراد ، (وإن كان بينهما أرض يشرب بعضها سحاً ، و) يشرب (بعضها بعلاِ، أو في بعضها شجر وفي بعضها نخل فطلب أحدهما قسمة كل عين على حدة ، وطلب الآخر قسمتها أعياناً بالقيمة ، قدم من طلب قسمة كل عين على حدة إن أمكن التسوية في جيده ورديئه) لأن ذلك أقرب إلى التعديل لأن لكل واحد منهما حقاً في الجميع ولأن الحامل على القسمة زوال الشركة وهو حاصل بما ذكر ، (وإن لم يمكن) أن يسوى في جيده ورديئه (وأمكن التعديل بالقيمة عدلت) بالقيمة لتعينه إذن (وأجبر الممتنع) من القسمة لإمكانها بلا ضرر ، (وإلا) أي وإن لم يمكن التعديل أيضاً بالقيمة (فلا إجبار لمن امتنع منهما .



ويجوز للشركاء أن يتقاسموا فأنفسهم

وأن يتقاسموا (بقاسم ينصبونه) لأن الحق لهم لا يعدوهم (أو يسألوا الحاكم نصبه) أي القاسم ليقسم بينهم لأن طلبه حق لهم ، فجاز أن يسألوه الحاكم كغيره من الحقوق (وأجرته) أي القاسم وتسمى القُسامة بضم القاف (مباحة) لأنها عوض عن عمل لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة ، قاله في شرح المنتهى ، (فإن استأجره) أي القاسم (كل واحد منهم) أي الشركاء (جميعاً اجارة واحدة بأجرة واحدة لزم كل واحد من الأجرة بقدر نصيبه من المقسوم) كالنفقة على الملك المشترك (ما لم يكن شرط) فيتبع على ما في الكافي ، وقال في المنتهى : وهي بقدر الأملاك ولو شرط خلافه ، (و) الأجرة على الجميع (وسواء طلبوا القسمة) أو طلبها (أحدهم ، وأجرة شاهد يخرج لقسم البلاد ووكيل وأمين للحفظ) أي حفظ الزرع الذي يؤخذ خراجه منه (على مالك وفلاح ، قاله الشيخ) يعني بقدر الأملاك كأجرة القاسم ، (وقال) الشيخ : (إذا مانهم الفلاح بقدر ما عليه) له من الأجرة (أو) بقدر ما (يستحقه الضيف حل لهم ، وقال : وإن لم يأخذ الوكيل لنفسه إلا قدر أجرة عمله بالمعروف ، والزيادة يأخذها المقطع هو الذي ظلم الفلاحين ، فإذا أعطى الوكيل المقطع من الضريبة ما يزيد على أجرة مثله ولم

يأخذ لنفسه إلا أجرة عمله جاز له ذلك) * قلت : وفيه نظر ، كيف وله مدخل في ظلمهم ؟ قال تعالى : ﴿ وَلَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ ﴾ [1] . (ويشترط أن يكون القاسم) الذي ينصبه الإمام (مسلماً عدلاً) ليقبل قوله في القسمة (عارفاً بالقسمة) ليحصل منه المقصود لأنه إذا لم يعرفها لم يكن تعيينه للسهام مقبولاً ، (قال) الشيخ (الموفق وغيره) كالشارح والزركشي : (وعارفاً بالحساب) لأنه كالخط للكاتب ، وفي الكافي والشرح : إن كان من جهة الحاكم أسقطت عدالته ، وإن كان من جهتهم لم يشترط إلا أنه إن كان عدلاً كان كقاسم الحاكم في لزوم قسمته بالقرعة ، وإن لم يكن عدلاً لم تلزم قسمته إلا بتراضيهما ، (فإن كان) القاسم (كافراً أو فاسقاً أو جاهلاً بالقسمة لم تلزمه إلا بتراضيهم بها) كما لو اقتسموا بأنفسهم (ويعدل) القاسم (السهام بالأجزاء إن تساوت) كالمائعات والمكيلات من الحبوب والثمار إن لم تختلف ، وكالأرض المتساوية جودة أو رداءة ، (و) يعدل السهام (بالقيمة إن اختلفت) فيجعل السهم الرديء أكثر منه من الجيد بحيث إذا قُوِّما كانت قيمتهما سواء لأنه إذا تعذر التعديل بالأجزاء لم يبق إلا التعديل بالقيمة ضرورة أن قسمة الإجبار لا تخلو من أحدهما ، (و) تعدل السهام (بالرد إن اقتضته) بأن لم يكن تعديل السهام بالأجزاء ولا بالقيمة فإنها تعدل بالرد بأن يجعل مع الرديء أو القليل دراهم ودنانير على من يأخذ الجيد أو الأكثر ، (فإذا تمت) القسمة بأن عدلت السهام بواحد مما سبق (وأخرجت القرعة لزمت القسمة) لأن القاسم كالحاكم وقرعته كالحاكم ، نَصَّ عليه ؛ لأنه مجتهد في تعديل السهام كاجتهاد الحاكم في طلب الحق فوجب أن تلزم قرعته ، (ولو كان فيها) أي القسمة (ضرر أو رد) عوض وسواء (تقاسموا بأنفسهم أو بقاسم لأنها كالحكم من الحاكم) فلا تنقض ، (ولا يعتبر رضاهم بعدها) أي بعد القرعة كما لا يعتبر رضاهم بعد حكم الحاكم ، وإن خير أحدهما صاحبه لزمت برضاهما وتفرقهما ، قال في الشرح : ويحتمل أن لا تلزم فيما فيه رد بخروج القرعة حتى يرضيا بذلك لأن ما فيه رد بيع حقيقة لأن صاحب الرد بذل عوضاً لما حصل له من حصة شريكه، وهذا هو البيع ، والبيع لا يلزم بالقرعة. انتهى . وقد تقدم في باب الخيار أن خيار المجلس يثبت في القسمة بمعنى البيع وهي قسمة التراضي ، (وتعديل السهام) لا يخلو من (أربعة أقسام : أحدها أن تكون السهام متساوية وقيمة أجزاء المقسوم متساوية كأرض بين ستة لكل منهم سدسها ، فتعدل) الأرض (بالمساحة ستة أجزاء متساوية ثم يقرع) بين الشركاء (الثاني : أن تكون السهام متفقة) بأن تكون الأرض بين ستة سوية ، (و) تكون (القيمة مختلفة) لاختلاف

---

(١) سورة هود الآية : ١١٣ .

أجزاء الأرض جودة ورداءة ، (فتعدل الأرض بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية بالقيمة) لتعذر التعديل بالأجزاء ثم يقرع .

(الثالث : أن تكون القيمة متساوية والسهام مختلفة كأرض بين ثلاثة لأحدهم النصف وللثاني الثلث وللسادس السدس وأجزاؤها متساوية القيم ، فتجعل) الأرض (ستة أسهم) متساوية لأنها المخرج الجامع لتلك الكسور .

(الرابع : إذا اختلفت السهام والقيمة) كأرض مختلفة القيم لثلاثة على ما تقدم ، (فتعدل السهام بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية القيمة ثم يقرع ، وإن خير أحدهما الآخر من غير قرعة لزمت القسمة برضاهما وتفرقهما) من المجلس بأبدانهما كتفرق متبايعين ، (فإن كان فيها) أي القسمة (تقويم لم يجز) أن يقسم بينهما (أقل من قاسمين ؛ لأنها شهادة بالقرعة) فلم يقبل فيها أقل من اثنين كسائر الشهادات ، (وإلا) أي وإن لم يكن فيها تقويم (أجزأ واحد) لأنه ينفذ ما يجتهد فيه أشبه القائف والحاكم، (وإذا سألوا) أي الشركاء (الحاكم قسمة عقار لم يثبت عنده أنه لهم - لم يجب عليه قسمه) بينهم لعدم ثبوت الملك لهم فيه ، (بل يجوز) له قسمه بإقرارهم وتراضيهم لأن اليد دليل الملك وإن لم يثبت بها الملك ولا منازع لهم في الظاهر ، قال القاضي : والقضاء عليهما بإقرارهما لا على غيرهما ، (فإن قسمه) الحاكم بينهم (ذكر في كتاب القسمة أنه قسمه بمجرد دعواهم بملكه لا عن بينة شهدت لهم بملكهم) لئلا يتوهم الحاكم بعده أن القسمة وقعت بعد ثبوت ملكهم فيؤدي ذلك إلى ضرر من يدعي في العين حقاً، (وحينئذ إن لم يتفقوا على طلب القسمة لم يقسمه حتى يثبت عنده ملكهم كما سبق ، وكيفما أقرعوا جاز) إن شاؤوا رقاعاً أو بالخواتيم أو الحصى أو غيره لحصول المقصود وهو التمييز ، (والأحوط أن يكتب اسم لكل شريك في رقعة) لأنه طريق إلى التمييز (ثم يدرج) الرقاع (في بنادق) كل رقعة في بندقة من (شمع أو طين متساوية قدراً ووزناً) حتى لا يعلم بعضها من بعض (ثم تطرح في حجر من لم يحضر ذلك) أي الكتاب والإدراج لأنه أنفى للتهمة ، (ويقال له : أخرج بندقة على هذا السهم) ليعلم من هو له، (فمن خرج اسمه كان) ذلك السهم (له) لأن اسمه خرج عليه وتميز سهمه به (ثم) يفعل (بالثاني كذلك) أي كما فعل الأول من القول والإخراج لمساواته للأول ، (والسهم الباقي للثالث إن كانوا ثلاثة واستوت سهامهم) لتعين السهم الباقي للثالث لزوال الإبهام ، (وإن كتب سهم كل اسم في رقعة ثم أخرج) من طرحت في حجره بعد إدراجها كما سبق (بندقة لفلان - جاز) لحصول الغرض به ، (وإن كانت السهام الثلاثة مختلفة كنصف وثلث وسدس جَزَّأَ) القاسمُ (المقسومَ ستة أجزاء) كما سبق (وأخرج الأسماء على السهام لا غير) أي لا يجوز غيره كما يأتي تعليله (فيكتب

لصاحب النصف ثلاثة رقاع ، و) يكتب (لرب الثلث رقعتين ، و) يكتب (لرب السدس رقعة ، ويخرج رقعة على أول سهم ، فإن خرج عليه اسم رب النصف أخذ مع الثاني والثالث) اللذين يليان من خرجت له الرقعة ، (وإن خرج اسم صاحب الثلث أخذه ، و) أخذ (الثاني الذي يليه) وإن خرج اسم صاحب السدس أخذه فقط ، (ثم يقرع بين الأخيرين كذلك ، والباقي للثالث) فإن خرجت الرقعة الثانية لصاحب الثلث وكانت الرقعة الأولى لصاحب النصف أخذ صاحب الثلث السهم الرابع والخامس وكان الباقي لصاحب الثلث ، وإن خرجت لصاحب الثلث أخذ السهم الرابع وكان السهم الخامس والسادس لصاحب الثلث ، وعلى هذا القياس ، وإنما لزم إخراج الأسماء على السهام في مثل هذه الصورة لئلا يتضرر صاحب النصف أو الثلث بأخذ نصيبه متفرقاً .

(وإن كان بينهما داران متجاورتان أو متباعدتان أو) كان بينهما (خانان أو) كان بينهما (أكثر) من دارين أو أكثر من خانين (فطلب أحدهما أن يجمع نصيبه في إحدى الدارين أو) في إحدى (الخانين ويجعل الباقي نصيباً للآخر ، أو) طلب أن (يجعل كل دار) أو خان (سهماً) وامتنع الآخر (لم يجبر الممتنع) منها سواء (تساوت) أي القيمة (أو اختلفت)؛ لأن كل عين منهما مفردة بأحكامها وحدودها ، أشبه ما لو اختلفا في الاسم أيضاً .



فصل

ومن ادعى غلطاً

أو حيفاً (فيما تقاسموه) أي الشركاء (بأنفسهم) من غير قاسم (وأشهدوا على رضاهم به ولم يصدقه المدعى عليه) في دعوى الغلط أو الحيف ، (لم يلتفت إليه ولو أقام به بينته) أي لم تقبل دعواه ولا تسمع بينته ولا يحلف غريمه لأنه رضي بالقسمة على الكيفية التي صدرت ، ورضاه بالزيادة في نصيب شريكه يلزمه ، (إلا أن يكون مدعي الغلط مسترسلاً) لا يحسن المشاحة فيما يقال له (فيغبن بما لا يسامح به عادة) فيسمع دعواه ويطالب بالبيان ، وإذا ثبت غبنه فله فسخ القسمة قياساً على ما تقدم في البيع ، (أو كان) ادعى غلطاً أو حيفاً (فيما قسمه قاسم الحاكم - قُبِلَ قول المنكر) للغلط أو الحيف (مع يمينه) لأن الأصل عدم ذلك ، (إلا أن يكون للمدعى بينة) بما ادعاه (فتنقض القسمة) لأن سكوته حال قسم القاسم عليه لاعتماده على الظاهر فلا يمنعه إقامة البينة كما لو كان له على إنسان عشرة فوفاها له ثمانية غلطاً ثم بان له أنها ثمانية فإن له الرجوع بباقي حقه ، (وتعاد) القسمة على وجه الحق ليصل كل لما يستحقه ، (وإن

كان) ادعى الغلط أو الحيف (فيما قسمه قاسم نصبوه وكان فيما شرطنا فيه الرضا) لضرر فيه أو رد عوض وكانوا قد تراضوا بالقسمة (بعد القرعة لم تسمع دعواه) لأن رضاه بالقسمة على الصورة التي وقعت هو رضا بالزيادة في نصيب شريكه فيلزمه ، (وإلا) أي وإن لم يشترط في القسمة الرضا أو اشترط ولم يوجد بعد القرعة (فهو) أي القاسم الذي رضياه (كقاسم الحاكم) فيكون القول قول المنكر إلا أن يقيم المدعي بينة بدعواه فيعمل بمقتضاها . (وإذا تقاسموا) بأنفسهم أو بقاسم نصبوه أو الحاكم (ثم استحق من حصة أحدهما شيء معين) أي ظهر استحقاقه لغيرهما (بطلت) القسمة لفوات التعديل ، (وإن كان المستحق) العين (من الحصتين على السواء) بأن اقتسما أرضاً فاستحق من حصتهما معاً قطعة معينة على السواء في الحصتين (لم تبطل) القسمة (فيما بقي) من الأرض لأن القسمة إفراز حق كل واحد منهما وقد أفرز كما لو كان المقسوم عينين فاستحق إحداهما ، (وإن كان) المستحق (في نصيب أحدهما أكثر) من نصيب الآخر (أو) كان (ضرره) في نصيب أحدهما (أكثر) من ضرره في نصيب الآخر (كسد طريقه أو) سد (مجرى مائه أو) سد محل (طريقه ونحوه) مما فيه ضرر بطلت القسمة لفوات التعديل ، (أو كان) المستحق (شائعاً فيهما) بطلت لأن ثم شريكاً لم يرض ولم يحكم عليه بالقسمة وسواء كانت قسمة تراض أو إجبار ، (أو) كان شائعاً (في أحدهما) أي أحد نصيبي الشريكين (بطلت) القسمة لفوات التعديل ، (وإن ادعى كل واحد منهما) أي الشريكين (أن هذا) الشيء المقسوم (من سهمي - تحالفا) أي حلف كل منهما للآخر على نفي ما ادعاه لأنه منكرٌ (ونقضت) القسمة لأن ذلك المدعي به لم يخرج عنهما ولا مرجح لأحدهما على الآخر ، (وإذا اقتسما دارين ونحوهما) كمعصرتين أو بستانين (قسمة تراض فبنى أحدهما) في نصيبه (أو غرس في نصيبه ثم خرج) نصيبه (مستحقاً ونقض بناؤه وقلع غرسه - رجع على شريكه بنصف قيمته) لأن هذه القسمة جارية مجرى البيع ، ولو كان باعه الدار فبنى فيها أو غرس فخرجت مستحقة وقلع غرسه وبناءه رجع عليه بجميع قيمته ، فإذا باعه نصفها رجع عليه بنصف قيمة ذلك ، وكذا كل قسمة جارية مجرى البيع ، (ولا يرجع) أحد الشريكين على الآخر (به) أي بشيء من ذلك إذا خرج نصيبه مستحقاً وقلع غراسه وبناءه (في قسمة إجبار) لأن شريكه لم يغره ولم تنتقل إليه من جهته ببيع وإنما أفرز حقه من حقه فلم يضمن له مما غرمه شيئاً ، (وإن خرج في نصيب أحدهما عيب فله فسخ القسمة إن كان جاهلاً) به أي العيب ، (وله الإمساك مع الأرش) للعيب لأن ظهور العيب في نصيبه نقص ، فخير بين الأرش والفسخ كالمشتري . (ويصح بيع التركة قبل قضاء الدين

إن قضى) الدين ؛ لأنه لا يمنع انتقالها للورثة ، وكبيع العبد الجاني ، (ويصح العتق) أي عتق الورثة لعبد من التركة مع دين على الميت كعتق العبد الجاني ، ولا ينقض بالعتق ولو أعسر الورثة كالعبد المرهون وأولى ، (واختار ابن عقيل : لا ينفذ) العتق (إلا مع يسار الورثة) لما فيه من الإضرار بالغريم .

(تنبيه) قال في القواعد الفقهية : لو باع الوارث التركة مع استغراقها بالدين ملتزماً لضمانه ثم عجز عن وفائه فإنه يفسخ البيع . انتهى * قلت : ومفهومه : إن امتنع مع القدرة أجبر عليه ولم يفسخ البيع كما في العبد الجاني والنصاب الزكوي . (ولا يمنع دين الميت انتقال تركته إلى ورثته) فينتقل الملك اليهم ويخيرون بين الوفاء من التركة أو غيرها ، وتقدم ، (بخلاف ما يخرج من ثلثها) أي التركة (من معين موصى به) لنحو الفقراء أو المساجد فلا ينتقل إلى ملك الورثة ، بخلاف الموصى به لنحو زيد فانه ينتقل إليهم إلى حين قبوله ، وتقدم في الوصية . (والنماء) في التركة كأن أثمرت النخل أو اكتسب العبيد أو نتجت الماشية (لهم) أي للورثة ينفردون به ولا يتعلق به حق الغرماء لأنه نماء ملكهم ككسب الجاني ، و (لا إن تعلق الدين بها) أي التركة (كتعلق) أرش (جناية) برقبة العبد الجاني ، (لا) كتعلق (رهن) ودين غرماء بمال مفلس . (وتصح قسمتها) أي التركة مع الدين قبل قضائه كبيعها وأولى ، (وظهور الدين قبل القسمة لا يبطلها) كما أن العلم به لا يمنع منها وأولى ، (لكن إن امتنعوا) أي الورثة (من وفائه) أي الدين (بيعت) التركة (فيه) أي في الدين لتقدمه على الإرث (وبطلت القسمة) لما سبق ، (فإن وفى أحدهما) أي أحد الوارثين (دون الآخر صح) أي استقر له الملك (في نصيبه وبيع نصيب الآخر) فيما يقابله من الدين ، (وإن اقتسموا داراً) فيها بيوت (ذات أسطحة يجري عليها الماء من أحدهما فليس لمن صارت له منع جريان الماء) لتقدم الاستحقاق ، (إلا أن يكونوا تشارطوا على منعه) فيوفي به لحديث : «المُؤمِنونَ عَلى شرُوطِهِمْ» ، (وإن اقتسما داراً فحصلت الطريق في حصة أحدهما ولا منفذ للآخر لم تصح القسمة) لأن الداخل الذي لا منفذ له لا يتمكن من الانتفاع بنصيبه لأنه لا يمكنه السلوك في حصة الآخر فلا تعديل لأنه يكون في جميع الحقوق (وإن كان لها) أي الدار التي قسمت (ظلة) قال في القاموس : شيء كالصفة يستتر به من الحر والبرد (فوقعت) الظلة (في حصة أحدهما : فهي) أي الظلة (له) أي لمن وقعت في حصته (بمطلق العقد) وإن لم يشترط ذلك لأن القسمة اقتضت ذلك وليست كالطريق . (وولي المولى عليه) لصغر أو جنون أو سفه (في قسمة الإجبار بمنزلته) لقيامه مقامه ، (وكذا) هو بمنزلته (أي في قسمة التراضي إذ رآها مصلحة) كالبيع وأولى . انتهى .

باب
الدعاوى والبينات

الدعاوى (واحدها دعوى ، وهي) لغةً : الطلب . قال تعالى : ﴿ وَلَهُمْ مَا يَدَّعونَ﴾[1] أي يتمنون ويطلبون ، وقال صلى الله عليه وسلم : «مَا بَالُ دَعْوَى الجاهليّة» لأنهم كانوا يدعون بها عند الأمر الشديد بعضهم بعضاً وهي قولهم : يا لفلان * واصطلاحاً (إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته) أي الغير من دين ونحوه . (والمدعي من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه ، وإذا سكت) عن الطلب (ترك ، والمدعى عليه المطالب) بفتح اللام أي الذي يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه عليه ، (وإذا سكت) عن الجواب (لم يترك) بل يقال : إن أجبت وإلا جعلتك ناكلاً وقضيت عليك كما سبق ، (وواحد البينات بينة) مِنْ بان الشيء فهو بيِّنٌ والأنثى بينة ، (وهي العلامة الواضحة كالشاهد فأكثر ، والأصل في مسائل الباب حديث ابن عباس مرفوعاً : « لَوْ يُعْطى الناسُ بِدَاعواهُم لادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجالٍ وأمْوالَهمْ ولكِنَّ اليَمينَ عَلى المُدَّعَى عَلَيْهِ » رواه أحمد ومسلم ، وحديث : « شَاهِداكَ أوْ يمِينُهُ » ونحوه ، (ولا تصح دعوى وإنكار إلا من جائز التصرف) لأن قول غيره غير معتبر ، (لكن تصح الدعوى على سفيه بما يؤخذ به حال سفهه وبعد فك حجره) كطلاق وقذف ونحوه لأن إقراره به معتبر لعدم التهمة ، (ويحلف إذا أنكر) فيما يحلف الرشيد في مثله مما يأتي تفصيله في باب اليمين في الدعاوى ، (وتقدم) في باب طريق الحكم وصفته ، (وإذا تداعيا عيناً لم تخل من ثلاثة أقسام) هكذا في المقنع وغيره ، وفي المنتهى أربعة أحوال ، ولا تعارض لاشتمال القسم الثاني على حالين من تلك الأحوال الأربعة كما ستقف عليه.

(أحدها : أن تكون) العين (في يد أحدهما) وحده (فهي له مع يمينه أنها) أي العين (له ، ولا حق للمدعى فيها إذا لم تكن) له (بينة) لقوله صلى الله عليه وسلم في قصة الحضرمي والكندي : « شَاهِدَاكَ أوْ يمِينُهُ ليسَ لَكَ إلا ذَلِكَ » ولأن الظاهر من اليد الملك ، (ولا يثبت الملك بها) أي باليد (كثبوته) أي الملك (بالبينة) لأن الظاهر لا تثبت به الحقوق ، (بل ترجح به الدعوى) . وفي الروضة : يده دليل الملك . وفي التمهيد : يده بينة . (فلا شفعة له بمجرد اليد) لعدم تحقق الشرط وهو ملك ما بيده ، (وإن سأل المدعى عليه الحاكم كتابة محضر بما جرى أجابه) إليه وجوباً (وذكر) الحكم (فيه) أي المحضر (أنه بقي العين بيده لأنه لم يثبت ما يرفعها) أي اليد عن

---

(١) سورة يس الآية : ٥٧ .

العين . (ولو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو) أحدهما (له عليها حمل والآخر آخذ بزمامها أو) الآخر (سائقها ، فهي) أي الدابة (للأول) بيمينه وهو الراكب أو صاحب الحمل لأن تصرفه أقوى ويده آكد وهو المستوفي لمنفعة الدابة ، (وإن اختلفا) أي الراكب وصاحب الدابة (في الحمل فادعاه الراكب و) ادعاه (صاحب الدابة ، فهو للراكب) لأن يده عليه أقوى (بخلاف السرج) أي سرج الدابة إذا تنازعه الراكب وصاحب الدابة فهو لصاحب الدابة عملاً بالظاهر ، (وإن تنازعا ثياب عبد عليه) أي العبد (فـ)ـهي (لصاحب العبد) لأن يد السيد على العبد وعلى ما هو عليه ، وإن تنازع صاحب الثياب وآخر في العبد اللابس لها فهما سواء لأن نفع الثياب يعود على العبد لا إلى صاحب الثياب ، (وإن تنازعا قميصاً أحدهما لابسه والآخر آخذ بكمه فهو) أي القميص (للأول) اللابس له لأن تصرفه فيه أقوى وهو المستوفي لمنفعته ، (وإن كان كمه أي القميص في يد أحدهما وباقيه مع الآخر ، أو تنازعا عمامة طرفها) أي العمامة (في يد أحدهما وباقيها في يد الآخر فهما فيها سواء) لأن يد الممسك للطرف على ذلك الشيء بدليل أنه لو كان الباقي على الأرض ونازعه غيره قدم به ، (ولو كانت دار فيها أربعة بيوت في أحدها) أي البيوت (ساكن وفي الثلاثة) الأخرى (ساكن) آخر (واختلفا) أي تنازعا الدار كلها ، (فلكل واحد) منهما (ما هو ساكن فيه) لأن كل بيت ينفصل عن صاحبه ولا يشارك الخارج منه الساكن في ثبوت اليد عليه ، (وإن تنازعا الساحة التي يتطرق منها إلى البيوت) الأربعة (فهي) أي الساحة (بينهما نصفين) لاشتراكهما في ثبوت اليد عليها فأشبهت العمامة فيما سبق ، (ولو كانت شاة مسلوخة بيد أحدهما جلدها ورأسها وسواقطها وبيد الآخر بقيتها وادعى كل واحد منهما كلها) أي الشاة (وأقاما بينتين بدعواهما) أي أقام كل واحد منهما بينة بدعواه (فلكل واحد منهما ما بيد صاحبه من الشاة لأن بينة كل واحد منهما خارجة) بالنسبة لما في يد صاحبه (وهي مقدمة على بينة الداخل) كما يأتي ، (وإن تنازع صاحب الدار وخياط فيها) أي الدار (في إبرة ومقص) بكسر الميم وهو المقراض (فهما للخياط) عملاً بالظاهر لأن العادة أنه يحمل معه الإبرة والمقص ، بخلاف القميص إذا تنازعاه فهو لصاحب الدار لا يحمله عادة ليخيطه في دار غيره ، (وإن تنازع هو) أي صاحب الدار (والقراب القربة) في الدار (فهي) أي القربة (للقراب) لأن ذلك هو ظاهر الحال ، وإن تنازعا الخابية فهي لصاحب الدار ، وكذا لو اختلف النجار مع صاحب الدار في القدوم والمنشار ونحوه من الآلة فآلة النجار للنجار وإن اختلفا في الخشبة المنشرة والأبواب والرفوف المنجورة فهي لصاحب الدار ، وكذلك لو اختلف النداف مع رب الدار في قوس الندف فهو للنداف ، وإن اختلفا في الفرش والقطن والصوف فهو لصاحب الدار ، (وإن تنازعا عرصة) أي

أرضاً (فيها بناء أو شجر لهما - فهي) أي العرصة (لهما ، أو) إن كان البناء أو الشجر (لأحدهما - فهي) أي العرصة (له) وحده لأن استيفاء المنفعة دليل الملك والبناء أو الشجر استيفاء لمنفعة العرصة واستيلاء عليها بالتصرف فوجب أن يحكم بالعرصة لمن هما له ، (وإن تنازعا حائطاً معقوداً ببناء أحدهما وحده ، أو) تنازعا حائطاً (له) أي لأحدهما وحده (عليه أزج وهو ضرب من البناء ويقال له طاق) ابن المنجا : هو القبو ، (أو) تنازعا حائطاً (له) أي لأحدهما وحده (عليه بناء كحائط مبني عليه) أي الحائط المتنازع فيه ، (أو) له عليه بناء كـ(ـعقد معتمد عليه) أي على الحائط المتنازع فيه ، (أو قبة أو له عليه سترة مبنية ونحو هذا - فهو) أي الحائط (له) أي لصاحب ذلك البناء المعقود عليه والمتصل به الاتصال الذي لا يمكن إحداثه عملاً بالظاهر ويحلف من حكم له به لأن ذلك الظاهر ليس بيقين ؛ إذ يحتمل أن يكون أحدهما بنى الحائط لصاحبه متبرعاً مع حائطه أو كان له فوهبه له فوهبه إياه أو باعه له أو بناه بأجرة فوجبت اليمين للاحتمال كما وجبت في حق صاحب اليد ، (وإن كان) الحائط المتنازع فيه (معقوداً ببنائه) أي بناء أحدهما (عقد يمكن إحداثه كالبناء باللبن والآجر فإنه يمكن أن ينزع من الحائط المبني نصف لبنة أو) نصف (آجرة ويجعل مكانها لبنة صحيحة أو آجرة صحيحة تعقد بين الحائطين - لم يرجح) صاحب البناء المعقود (به) أي بسبب بنائه المعقود لاحتمال الإحداث ، (وإن كان) الحائط (محلولاً من بنائهما أي غير متصل ببنائهما بل) كان (بينهما شق مستطيل كما يكون بين الحائطين للذين ألصق أحدهما بالآخر أو) كان الحائط (شركاً بينهما) أي ببناء الاثنين (وهو) أي الحائط (بينهما) نصفين لأن يدهما عليه فلكل واحد يده على نصفه ، (ويتحالفان فيحلف كل واحد) منهما (للآخر أن نصفه له) دفعاً للاحتمال ، (وإن حلف كل واحد منهما على جميع الحائط أنه) كله (له - جاز) إن لم يكن ذلك قادحاً في الحلف ، ويقرع بينهما إن تشاحا في المبتدىء باليمين ، وفي البخاري عن أبي هريرة أن النبي ﷺ : « عَرَضَ عَلى قَوم اليَمينَ فَأسرَعُوا فَأمَرَ أنْ يُقرَعَ بَيْنَهُمْ في اليَمينِ أيهمْ يحلفُ » قال ابن هبيرة : هذا فيمن تساووا في سبب الاستحلاف لكون الشيء في يد مدعيه ويريد يحلف ويستحقه ، (وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها) لترجحه بالبينة ، (وإن كان لكل واحد منهما بينة تعارضتا) لتساويهما وعدم المرجح (وصارا كمن لا بينة لهما) فيتحالفان ويتناصفانه ، (فإن لم يكن لهما بينة) عملت أو كان لكل منهما بينة وتعارضتا كما يدل عليه ما قبله (ونكلا عن اليمين- كان الحائط في أيديهما على ما كان) قبل التداعي لعدم ما يوجب رفع يد أحدهما ، (وإن حلف أحدهما ونكل الآخر) عن اليمين (قضى على الناكل) بنكوله ، (ولا ترجح الدعوى بوضع خشب أحدهما عليه) أي على الحائط المتنازع فيه لأنه مما يسمح به

الجار ، وورد الخبر بالنهي عن المنع منه ، وللجار وضعه قهراً بشرطه كما تقدم ، فلا ترجح به الدعوى كاسناد متاعه إليه ، (ولا) ترجح الدعوى أيضاً (بـ)ـكون (وجود آجر أو أحجار مما يلي أحدهما) ولا بكون الآجرة الصحيحة مما يليه وقطع الآجر ملك الآخر (و) لا (بالتزويق والتجصيص ولا بسترة عليه غير مبنية لأنه) أي ما ذكر (مما يتسامح به) عادة (ويمكن إحداثه ، ولا) ترجح الدعوى أيضاً (بمعاقد القمط في الخص أي عقد الخيوط التي تشد الخص وهو بيت يعمل من خشب وقصب) لأن وجود الآجر ومعاقد القمط إذا كانا شريكين في الجدار أو الخص لا بد أن تكون إلى أحدهما إذ لا يمكن أن تكون إليها جميعاً فبطلت دلالته ولأن التزويق والتجصيص مما يمكن إحداثه فلا ترجيح به ، (وإن تنازع صاحب العلو والسفل سلماً منصوباً أو) تنازعا (درجة - فـ)ـالسلم المنصوب والدرجة (لصاحب العلو) لأنه يختص بنفعهما ، (وكذا) إذا تنازعا (العرصة التي يحملها الدرجة) فإنها تكون لصاحب الدرجة لكونها مشغولة ببنائه ، (إلا أن يكون تحت الدرجة) المتنازع فيها (مسكن لصاحب السفل فتكون الدرجة بينهما) نصفين لأن يدهما عليها لأنها سقف للسفلاني وموطىء للفوقاني ، (وإن كان تحتها) أي الدرجة (طاق صغير لم تُبْنَ الدرجة لأجله وإنما جعل مرفقاً يجعل فيه جر) في نسخة جب (الماء ونحوه - فهو لصاحب العلو) لأنه من مرافقه بحسب العادة ، (وإن تنازعا) أي صاحب العلو وصاحب السفل (الصحن) الذي يتوصل منه إلى الدرجة (والدرجة في الصدر) جملة حالية - (فـ)ـالصحن (بينهما) لأن يدهما عليه ، (وإن كانت) الدرجة (في الوسط) أي وسط الصحن (فما) أي فالمكان الذي يتوصل منه (إليها) أي إلى الدرجة يكون (بينهما) نصفين لأن يدهما عليه ، (وما وراءه) أي وراء المكان الذي يتوصل منه إلى الدرجة (لرب السفل) وحده لأنه لا يد لرب العلو عليه ، (وإن تنازعا) أي رب السفل ورب العلو (في السقف الذي بينهما فهو) أي السقف (بينهما) نصفين لأنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر فكان بينهما كالحائطين الملكين ، (وإن تنازعا) أي رب السفل ورب العلو (جدران البيت السفلاني فهو) أي المذكور من الجدران (لصاحب السفل) وحده ، (وحوائط العلو) إذا تنازعاها (لصاحب العلو) وحده عملاً بالظاهر فيهما ، (وإن تنازع المؤجر والمستأجر) للدار (في رف مقلوع أو مصراع مقلوع له شكل منصوب في الدار فهو لربها) لأنها من توابع الدار ، والظاهر أن أحد الرفين أو المصراعين لمن له الآخر لأن أحدهما لا يستغني عن صاحبه فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر الفوقاني مع التحتاني والمفتاح مع القفل ، (وإلا) أي وإن لم يكن للرف المقلوع ولا للمصراع شكل منصوب فالمتنازع فيه (بينهما) نصفين لأنه لا مرجح لأحدهما على الآخر ويحلف كل منهما للآخر ، (وكذا

ما لا يدخل في بيت وجرت العادة به) كمفتاح الدار إذا تنازعاه يعني أنه كان لربها عملاً بالظاهر كما في المنتهى وغيره ، وكذا ما يتبع في البيع كالأبواب المنصوبة والخوابي المدفونة المسمرة والسلاليم المسمرة والرحا المنصوبة فهو للمكري لأنه من توابع الدار أشبه الشجرة المغروسة في الدار ، (وما لم تجر به عادة) مما ينقل ويحول كالأثاث والمتاع والأواني والكتب (فـ)ـهو (كمكتر) إذ العادة ان الإنسان يكري داره فارغة ، (وإن تنازعا داراً فى أيديهما فادعاها أحدهما) كلها (وادعى الآخر نصفها - جعلت) الدار (بينهما نصفين) لأن يد مدعى النصف ثابتة عليه ولا رافع لها ، (فاليمين على مدعي النصف) لأنه منكر لدعوى مدعي الكل ، (وإن كان لكل واحد منهما بينة بما يدعيه تعارضتا في النصف) لأن كلا من البينتين تنفي ما أثبتته الأخرى ، (فيكون النصف لمدعي الكل) لأنه لا منازع له فيه ، (و) يكون (النصف الآخر له أيضاً لتقديم بينته) لأنها بينة خارج لوضع مدعي النصف يده عليه ، ومن هنا تعلم أنه لا تعارض بين البينتين حقيقة لعدم استوائهما من كل وجه لترجيح بينة الخارج ، فلو أسقط قوله : تعارضتا - لكان أولى .
في المنتهى : (وإن كانت الدار في يد ثالث لا يدعيها فالنصف لمدعي الكل لا منازع له فيه) لأنه لا مدعي له ويقرع بينهما في النصف الآخر ، فمن خرجت له القرعة حلف وكان له لأن العين بغير يد المدعيين ، (وإن كان لكل واحد منهما بينة) والعين بيد الثالث غير المنازع (فتعارضتا) أي البينتان (وصارا) أي المتنازعان (كمن لا بينة لهما) فيكون النصف لمدعي الكل ويقرع بينهما في النصف الآخر فمن خرجت له القرعة حلف وأخذه . (وإن تنازع زوجان أو) تنازع (ورثتهما) بعد موتهما (أو) تنازع (أحدهما وورثة الآخر ، ولو أن أحدهما) أي الزوجين (مملوك ، في قماش البيت) من فرش وملبوس ونحوهما (ونحوه) أي نحو قماش البيت من أوان وغيرها (أو) تنازعا في (بعضه) بأن قال كل منهما : هذه العين لي ، فإن كان لأحدهما بينة عمل بها ، وإلا (فما يصلح للرجال كالعمامة والسيف فللرجل) أو ورثته وكذا قمصان الرجال وأقبيتهم وجبابهم والطيالسة والسلاح وأشباهها ، (وما يصلح للنساء كحليهن وثيابهن) ومقانعهن ومغازلهن وأشباهها (فللمرأة) أو ورثتها ، (والمصحف له) أي الرجل (إذا كانت لا تقرأ) فإن كانت تقرأ فهو لهما * قلت : وكذا ينبغي في كتب العلم . (وما يصلح لهما أي الرجال والنساء كالفرش والأواني) والقماش الذي لم يفصل وأشباه ذلك، (وسواء كان) ما يصلح لهما (في أيديهما من طريق الحكم أو من طريق المشاهدة وسواء اختلفا في حال الزوجية أو بعد البينونة ، فـ)ـهو (بينهما ، وإن كان المتاع على يدي غيرهما ولم تكن بينة) لأحدهما (أقرع ، فمن قرع منهما حلف واحدة)

كمن تنازعا عيناً بيد ثالث ، وإن أقام أحدهما بينة دفع إليه لترجحه بها ، (وكذا لو اختلف صانعان في آلة دكان لهما حكم بآلة كل صنعة لصانعها فآلة العطارين للعطار وآلة النجارين للنجار) سواء كانت الآلة فى أيديهما من طريق الحكم أو من طريق المشاهدة ؛ لأن هذا هو الظاهر كما في قماش البيت عند تنازع الزوجين ، (فإن لم يكونا) أي الصانعان (في دكان واحد واختلفا في عين لم يرجح أحدهما بصلاحية العين له ، وكذا لو تنازع رجل وامرأة) هي زوجة له أولا (في عين غير قماش بينهما) فلا ترجيح لأحدهما بصلاحية العين له بل ان كانت في أيديهما فهي بينهما ، وإن كانت في يد أحدهما فهي له بيمينه ، وإن كانت في يد غيرهما ولم تنازع اقترعا عليها . (وكل من قلنا) المدعى به : (له ، فهو مع يمينه) لاحتمال صدق غريمه (إذا لم تكن بينة) ، فإن كانت له بينة فلا يمين عليه وتسمع لانتفاء التهمة ، (وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها) أي ببينته (من غير يمين) لحديث : « شاهداك أو يمينه » ، (وإن كانت العين بيد أحدهما وكان لكل منهما بينة سمعت بينة المدعى هو الخارج وحكم له بها ، سواء أقيمت بينة المنكر وهو الداخل) أي واضع اليد (بعد رفع يده أولا ، وسواء شهدت بينته) أي الداخل (أنها له نتجت) بالبناء للمفعول (في ملكه أو) أنها له (قطيعة من الإمام أولا) أي أو لم تشهد بذلك ؛ لقول النبي ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» فجعل جنس البينة في جنبة المدعي فلا يبقى في جنبة المدعى عليه بينة ؛ ولأن المدعي أكثر فائدة فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح على التعديل، ودليل كثرة فائدتها أنها تثبت سبباً لم يكن ، وبينة المنكر إنما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة لأن الشهادة بالملك تجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف لأن ذلك يجيز الشهادة به عند كثير من أهل العلم فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليها بينة المدعى كما تقدم على اليد، كما أن شاهدى الفرع لما كانا مثبتين على شاهدي الأصل لم يكن لهما مزية عليهما ، ومن قدمنا بينته لم يحلف معها لوجوب الحكم بها منفردة كما لو تعارض خبران خاص وعام ، أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه ، نقل الأثرم : ظاهر الآثار : اليمين على من أنكر فإذا جاء بالبينة فلا يمين عليه ، (فإن أقام الداخل بينة أنه اشتراها) أي العين المتنازع فيها (من الخارج وأقام الخارج ، بينة أنه اشتراها من الداخل ، قدمت بينة الداخل) لأن الخارج معنى لأنه ثبت بالنية أن المدعي صاحب اليد وأن يد الداخل نائبة عنه ، وإن ادعى الخارج أن العين ملكه وأنه أودعها للداخل أو أعاره إياها أو أجرها منه فأنكره ولكل واحد منهما بينة - قدمت بينة الخارج ، وقال القاضي : بينة الداخل لأنه هو الخارج معنى كالمسألة قبلها ، ذكره في الشرح ، (ولا تسمع بينة الداخل قبل بينة الخارج وتعديلها) لعدم حاجته إليها قبل ذلك ، (وتسمع) بينة الداخل (بعد التعديل) لبينة الخارج (قبل الحكم ، وبعده قبل التسليم) ، وتُقَدَّمُ بينة الخارج عليها لما تَقَدَّمَ *

قلت : ولعل فائدة سماعها لاحتمال أن تكون ناقلة فتقدم كما يأتي ، (وإن أقام الخارج بينة أنها ملكه وأقام الداخل بينة أنه اشتراها منه) أي من الخارج (أو أوقفها عليه أو أعتقه) أي العبد - (قدمت) البينة (الثانية) لأنها تشهد بأمر حادث على الملك خفي، فيثبت الملك للأول والبيع أو الوقف أو العتق منه ، قال في الاختيارات : لو شهدت بينة بملكه إلى حين وقفه وأقام وارث بينة أن موروثه اشتراه من الواقف قبل وقفه - قدمت بينة الوارث لأن معها زيادة علم ، كتقديم من شهد له بأنه اشتراه من أبيه على من شهد له بأنه ورثه من أبيه ، (ولم ترفع بينة الخارج يده) أي يد المدعى عليه (كقوله) أي المدعى عليه : (أبرأني من الدين) ويقيم بذلك بينة ، (أما لو قال) مدعي الشراء أو الوقف أو العتق : (لي بينة) بذلك (غائبة ، طولب بالتسليم لأن تأخيره يطول) وقد يكون كاذباً .

(تتمة) قال في الانتصار : لا تسمع إلا بينة مدعٍ باتفاقنا ، وفيه تثبت في جنبة منكر، وهو ما إذا ادعى عليه عيناً في يده فيقيم بينة أنها ملكه ، وإنما لم يصح أن يقيمها في الدين لعدم إحاطتها به ؛ ولهذا لو ادعى أنه قتل وليه ببغداد يوم الجمعة فأقام بينة أنه كان فيه بالكوفة صح .



فصل

القسم الثاني أن تكون العين في أيديهما

أو تكون (في غير يد أحد ولا بينة لهما ، فيتحالفان وتقسم العين بينهما) نصفين لأنهما استويا في الدعوى وليس أحدهما بها أولى من الآخر لعدم اليد ، فوجب أن يقتسماها كما لو كانت بأيديهما ، وتحت هذا القسم حالان من الأحوال الأربعة التي أشار إليها في المنتهى كما تقدم التنبيه عليه ، (وكذا إن نكلا) عن اليمين فإنها تقسم بينهما ؛ (لأن كل واحد منهما يستحق ما في يد الآخر بنكوله) عن اليمين له ، (وإن نكل أحدهما) عن اليمين (وحلف الآخر قضى له) أي للذي حلف (بجميعها) أي جميع العين : النصف بحلفه لكونه واضع اليد عليه والنصف الآخر بنكول خصمه ، (فإن ادعى أحدهما نصفها) أي العين (فما دون) بالبناء على الضم لحذف المضاف إليه ونية معناه أي فأقل من النصف ، (أو) ادعى (الآخر أكثر من بقيتها أو) ادعى الآخر (كلها- فالقول قول مدعي الأقل مع يمينه) لأنه واضع يده على ما ادعاه ولا رافع ليده ، والباقي لمدعى الكل أو الأكثر بلا يمين لعدم التنازع له فيه . (وإن تنازعا مسناة وهي السد

الذي يرد ماء النهر من جانبه حاجز بين نهر أحدهما وأرض الآخر - تحالفا ، وهي) أي المسناة (بينهما) نصفين لأنها حاجز بين ملكيهما ينتفع بها كل واحد منهما أشبه الحائط بين الدارين ، (وكذا إن نكلا) عن اليمين تناصفاها (لأنها حاجز بين ملكيهما ، وإن تنازعا صغيراً دون التمييز في أيديهما فهو بينهما) وهو (رقيق) لأن اليد دليل الملك ويد كل منهما عليه فهما سواء فيه لا رجحان لواحد منهما على الآخر ، (ويتحالفان) أي يحلف كل منهما لصاحبه على النصف الذي أخذه ، (ولا تقبل دعواه الحرية إذا بلغ بلا بينة) أي يد مدعي الرق (على الملك مثل أن يلتقطه) ثم يدعى رقه (فلا تقبل دعواه لرقه ؛ لأن اللقيط محكوم بحريته) لأنها الظاهر والأصل في بني آدم ، والرق طارىء ؛ (وإن كان لكل منهما) أي من واضعي اليد على طفل (بينة - بينهما أيضاً) لأن كُل منهما يستحق ما في يد الآخر ببينة ، (وإن كان) المدعي (مميزاً فقال : إني حر ، فهو حر) فيخلى إلى حال سبيله ويمنعان منه لأن الحرية هي الأصل في ابن آدم ، (إلا أن تقوم بينة برقه كالبالغ ، إلا أن البالغ إذا أقر بالرق ثبت رقه) مؤاخذة له بإقراره بخلاف المميز إذا أقر بالرق فلا يقبل إقراره ، وإنما اعتبرت دعواه الحرية لأنها الأصل ولصحة تصرفه بالوصية وأمره بالصلاة ، (وإن كان لأحدهما) أي أحد المدعين للعين (بينة بالعين) المدعى بها وهي بيدهما أو ليست بيد أحد (حكم له بها) لرجحانه بالبينة ، (وإن كان لكل واحد منهما بينة لم يقدم أسبقهما تاريخاً بل) هما (سواء) خلافاً للقاضي . قال : يقدم أسبقهما تاريخاً ؛ لأن من شهدت له بينة بالتاريخ المقدم أثبتت له الملك في وقت لم تعارضه فيه البينة الأخرى وتعارضت البينتان في الملك في الحال فسقطتا فبقي ملك السابق تحت استدامته . والمذهب الأول ؛ لأن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز أن يعمل به دون الأول ؛ بدليل أنه لو ذكر أنه اشتراه من الآخر أو أنه وهبه إياه ونحوه لقدمت بينة بذلك اتفاقاً ، فإذا لم يرجح بها فلا أقل من التساوي ، وأما قوله إنه يثبت الملك في الزمان الماضي من غير معارضة ، ممنوع لثبوته في الحال ، ولو انفرد بأن ادعى الملك في الماضي لم تسمع دعواه ولا بينته ، (فإن توقيت إحداهما) أي البينتين (وأطلقت الأخرى والعين بيديهما) فهما سواء لأنه ليس في إحداهما ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره أو شهدت بينة بالملك وسببه كنتاج بأن شهدت أنها نتجت في ملكه ، (أو) شهدت بـ(سبب غيره) كشراء أو هبة (و) شهدت (بينة بالملك وحده ، أو) شهدت (بينة أحدهما بالملك له مند سنة و) شهدت (بينة الآخر بالملك منذ شهر ولم تقل : اشتراه منه - فهما سواء) لأن البينتين تساويا فيما يرجع إلى المختلف فيه وهو ملك العين الآن ، فوجب تساويهما في الحكم ، (ولا تقدم إحداهما بكثرة العدد) كما لو كانت إحدى البينتين أربعة رجال والأخرى رجلين (ولا اشتهار

العدالة ولا الرجال على الرجل والمرأتين ولا الشاهدان على الشاهد واليمين) ؛ لأن الشهادة مقدرة بالشرع فلا تختلف بالزيادة ، ولأن كل واحد من تلك حجة مفردة فأشبه الرجلين مع الرجل والمرأتين ، (وإن تساوتا من كل وجه - تعارضتا وتحالفا فيما بيدهما وقسمت) العين (بينهما) نصفين لتساويهما في وضع اليد (وأقرع) بينهما (ما لم تكن) العين (في يد أحد) منهما ولا من غيرهما ، وهكذا في المنتهى ، وأصله مبنى على رواية صالح وحنبل . وقدمه في الفرع ، وقد جزم المصنف فيما تقدم أنهما يتناصفان تبعاً لما قدمه في المحرر والرعايتين والحاوى وهو مقتضى قوله الآتي ، وكانا كمن لا بينة لهما ، (أو) كانت العين (بيد ثالث ولم ينازع) فيقرع بينهما (وكانا كمن لا بينة لهما فتسقطان) أي البينتان (بالتعارض) وهو التساوي من كل وجه ، (وإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد وهي ملكه وشهدت) له (البينة بذلك سمعت) الشهادة ، (وإن لم تقل) البينة : (وهي ملكه ، لم تسمع) شهادتهما لأنه قد يبيع ملكه وملك غيره ، (وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو وهي ملكه) وأقام بينة بذلك (تعارضتا) جواب : وإن ادعى قوله سمعت ، وما بعده اعتراض . (حتى ولو أرخا) قال في التنقيح : وفيه رد على الإنصاف حيث قال : مراده وإن لم يؤرخا . قال في الفروع : ثم إن كانت العين في أيديهما تحالفا وتناصفاها . وإن كانت في يد ثالث لم ينازع أقرع بينهما ، فمن قرع صاحبه حلف وأخذها ، (وإن كانت في يد أحدهما فهي للخارج) لتقديم بينته على بينة الداخل ، (ولو أقام رجل بينة أن هذه الدار لأبي خلفها تركة ، وأقامت امرأة بينة أن أباه أصدقها إياها - فهي) أي الدار (للمرأة داخلة كانت أو خارجة ؛ لأن بينتها شهدت بالسبب المقتضي لنقل الملك كبينة ملك على بينة يد) .

« فائدة » قال الغزى : إذا تعارض المسقط والموجب جعل المسقط آخر كما لو ادعى على رجل مالاً أو عيناً فقال المدعى عليه : إنك أقررت أن لا دعوى ولا خصومة لك على . وقامت بذلك بينة - سمعت واندفعت الدعوى ، ولو احتمل أنه ادعى عليه بسبب بعد الإقرار لأن المسقط والموجب إذا تعارضا جعل المسقط آخرًا ؛ إذ السقوط لا يكون إلا بعد الوجوب سواء اتصل القضاء بالأول أو لم يتصل ، وكذا لو ادعى على آخر فأقام المدعى عليه بينة أنك أبرأتني من الدعاوي كلها في سنة كذا - صح هذا الدفع .



فصل

القسم الثالث : تداعيا عيناً في يد غيرهما فإن ادعاها

من هي بيده (لنفسه حلف لكل واحد منهما يميناً) لأن المدعيين الثاني فوجب أن يحلف لكل واحد منهما يميناً ، (فإن نكل عنهما) أي اليمينين (أخذاها) أي العين (منه أو) أخذا (بدلها) منه وهو مثلها إن كانت مثلية وقيمتها إن كانت متقومة لأن العين فاتت على أحدهما بتفريطه في الحلف له ، (واقترعا) أي المدعيان (عليهما) أي على العين وبدلها لأن المحكوم له بالعين غير معين فوجبت القرعة لتعيينه ، (وإن لم يَدَّعيها) أي العين من هي بيده (لنفسه ولم يقر بها لغيره ولا قامت بينة) بها لأحدهما (أقرع بينهما) كما لو لم تكن بيد أحد لعدم المرجح ، (فمن قرع حلف) لصاحبه (وأخذها) لترجحه) بالقرعة ، (فإن كان المدعى به عبداً مكلفاً فأقر) العبد بالرق (لأحدهما - فهو) أي العبد (له) أي للمقر له ، كما لو كان المدعي واحداً وأقر له ، (وإن صدقَّهما) العبد (فهو لهما) عملاً بإقراره أنه لهما ، (وإن جحدهما) وقال إنه حر (قبل قوله) لأنها الأصل والرق طارىء ، (وإن كان) المتنازع فيه (غير مكلف لم يرجح) أحدهما (بإقراره له) لأن قوله غير معتبر كما تقدم . (وإن أقر بها) أي العين المتنازع فيها (من هي بيده لأحدهما بعينه) كأن يقول : هي لزيد ، مثلاً (حلف زيد أنها) له (وأخذها) لأنه لما أقر له بها صاحب اليد صارت العين كأنها في يده فيكون الآخر مدعياً عليه ، وهو منكر والقول قوله بيمينه ، (ويحلف المقر للآخر) أي المدعي الآخر إن التمس يمينه لأنه يمكن أن يخاف من اليمين فيقر للآخر ، (فإن نكل) المقر عن اليمين للآخر (أخذ منه بدلها) حكماً عليه بنكوله ، (وإن أخذها) أي العين المتنازع فيها (المقر له فأقام) المدعي (الآخر بينة) أنها له (أخذها) لترجحه ، (وللمقر له قيمتها على المقر . قاله في الروضة ، ولم يعرف لغيره ، ذكره في شرح المنتهى) وتقدم ما فيه ، (وإن أقر) من بيده العين (بها لهما ونكل عن التعيين) لأن لم يزد على قوله هي لهما (اقتسماها) لأن مطلق الإضافة يقتضي التسوية ، (وإن قال) من بيده العين : (هي لأحدهما وأجهله ، فإن صدقاه) على أنه يجهله (لم يحلف) لتصديقهما له ، (وإلا) بأن كذباه (حلف يميناً واحدة) أنه لا يعلمه (ويقرع بينهما) أي بين المدعيين للعين ، (فمن قرع حلف وأخذها) لأن صاحب اليد أقر بها لأحدهما لا بعينه فصار ذلك المقر له هو صاحب اليد دون الآخر . فبالقرعة يتعين المقر له فيحلف على دعواه ويقضي له كما لو أقر لها عبثاً ، (ثم إن بينه) أي بين من كانت العين بيده المستحق لها بعد قوله هي لأحدهما أجهله (قبل) كبينة ابتداء . ونقل الميموني : إن أبى اليمين . من قرع أخذها أيضاً أي بلا يمين ، (ولهما) أي للمتنازعين اللذين ادعيا العين

وقال من هي بيده لأحدهما : وأجهله (القرعة بعد تحليفه الواجب وقبله) أي قبل تحليفه لأن القرعة لا تتوقف على يمينه ولذلك لو صدقاه لم تنتفِ القرعة ، (فإن نكل) من كانت العين بيده عن حلفه أنه لا يعلم عين المستحق للعين (قدمت القرعة) لأن القرعة تعين المقر له ، فإذا قرع صاحبه كان كمن أقر له فلا يمين له عليه لأنه أخذ حقه ، (ويحلف) المقر (للمقروع إن أكذبه) في عدم العلم لأنه متى صدقه لم يكن له عليه يمين، (فإن نكل) المقر عن اليمين (أخذ منه بدلها) كما لو أقر لواحد منهما دون الآخر ، (وإن أنكرهما) أي أنكر من العين بيده كونها لهما أو لأحدهما (ولم ينازع أقرع) بين المدعيين كإقراره لأحدهما لا بعينه ، (فإن علم أنها للآخر) المقروع (فقد مضى الحكم) لمن خرجت له القرعة ، نقله المروذى لأن قرعته حكم فلا ينقض بمجرد ذلك ، (وإن لم تكن) العين (بيد أحد) وتنازعها اثنان (فهي لأحدهما بقرعة) ، نَصَّ عليه في رواية صالح وحنبل وقدمه في الفروع ، وتقدم في أول القسم الثاني أنهما يتناصفانها ، (وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها) كما لو أنكر رب اليد ونازع ، (وإن كان لكل واحد منهما تعارضتا) لتساويهما في عدم اليد (سواء كان مقراً لهما أو لأحدهما لا بعينه ، أو) كانت المتنازع فيها (ليست بيد أحد) فيصيران كمن لا بينة لهما ، (وكذلك إن أنكرهما) وأقاما بينتين تعارضتا (ثم إن أقر لأحدهما بعينه بعد إقامتها) أي البينة (لم يرجح) المقر له (بذلك) الإقرار (وحكم التعارض بحاله) لتساوى البينتين من كل وجه ، لأن العين ليست بيد أحدهما فلا ترجح أحدهما برجوع اليد إلى صاحبها لأنها يد طارئة فلا عبرة بها (وإقراره صحيح) فيعمل به كما لو لم يكن لواحد منهما بينة ، (وإن كان إقراره له) أي لأحدهما (قبل إقامة البينتين ، فالمقر له) بالعين (كداخل ، والآخر كخارج) لأنها ليست بيده حقيقة ولا حكماً بخلاف المقر له فإن العين انتقلت إلى يده بإقرار صاحب اليد ، (وإن ادعاها) أي العين المتنازع فيها (صاحب اليد لنفسه ولو بعد التعارض حلف لكل واحد منهما يميناً) لأن المدعيين اثنان فوجب أن يحلف لكل واحد يميناً (وهي) أي العين (له) لترجح جانبه بوضع اليد ، (فإن نكل) عن اليمين لكل منهما (أخذاها منه و) أخذا منه (بدلها) لأن العين فاتت على أحدهما بترك اليمين للآخر (واقترعا عليهما) أي على العين وبدلها لأن المحكوم له بالعين غير معين ، فوجبت القرعة لتعيينه ، (وإن أقر من بيده العين بها لغيرهما) أي غير المدعيين لها (فتقدم) في باب طريق الحكم وصفته ، (وإن كان في يده عبد وادعى أنه اشتراه من زيد ، وادعى العبد أن زيداً أعتقه) وأقاما بينتين صححنا أسبق التصرفين ، (أو ادعى شخص أن زيداً باعه العبد أو وهبه له ، وادعى الآخر أنه باعه أو وهبة له

وأقام كل واحد منهما بينة) شهدت بدعواه - (صححنا أسبق التصرفين إن علم التاريخ) لأن التصرف الثاني صادف ملك غيره فبطل (وإلا) لم يعلم التاريخ (تعارضتا) لأنه لا مرجح لواحدة منهما وكذا لو اتحد تاريخهما. قال الشيخ تقي الدين الأطوب : إن البينتين لم يتعارضا ، فإنه من الممكن أن يقع العقدان لكن يكون بمنزلة ما لو زوج الوليان المرأة وجهل السابق ، فإما أن يقرع أو يبطل العقدان بحكم أو بغير حكم ، (وكذا إن كان العبد بيد نفسه) وادعى أن زيداً أعتقه وادعى آخر أنه اشتراه من زيد فإن تعارضت البينتان فلا يرجح بهذه اليد (أو) كان العبد (بيد أحدهما) أي أحد المدعين لشراء كل منهما له من زيد إلغاء لهذه اليد للعلم بمستندها وهو الدعوى التى لم تثبت فتكون عادية فلا ترجح بذلك كما لو كان في يده عبد فادعى أنه اشتراه من زيد فأنكر زيد فإنه لا يحكم بهذه اليد ، فكذا هنا ، (وإن كان العبد في يد زيد) وادعى كل من اثنين أنه اشتراه منه (فالحكم) فيه حكم (ما إذا ادعيا عيناً في يد غيرهما) على ما تقدم تفصيله . (وإن ادعيا زوجية امرأة وأقاما بينتين وليست بيد أحدهما سقطتا) لأن كل واحدة منهما تشهد بضد ما شهدت به الأخرى فكانا كمن لا بينة لهما ، وكذا إن كانت بيد أحدهما لأن الحر لا يدخل تحت اليد . قال الشيخ تقي الدين : مقتضى كلام القاضي إذا كانت بيد أحدهما فهي مسألة الداخل والخارج . (وإن ادعى على رجل أنه عبده فقال) المدعى عليه: (بلَ أنا حر ، وأقاما بينتين تعارضتا) وتساقطتا لعدم المرجح .

قلت : ويخلى سبيل العبد لأن الأصل الحرية والرق طارىء ولم يثبت ، (وإن كان في يده عبد فادعى) عليه (اثنان) ادعى (كل منهما أنه اشتراه منى بثمن سماه) المدعى (فصدقهما) من بيده العبد (لزمه ثمنانِ) مؤاخذة له بإقراره ، (فإن أنكر حلف لهما وبَرِأ) لأنه منكر والأصل براءته ، (وإن صدق أحدهما) وحده (وأقام) أحدهما (به بينة لزمه الثمن) للمقر له أو لمن شهدت له البينة لثبوت دعواه (وحلف للآخر) لأنه ينكره ، (وإن أقام كل واحد) منهما (بينة مطلقتين أو مختلفتي التاريخ أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة عمل بهما) لأن ظاهر هذا أنهما عقدان وقد شهد بهما بينتان ، ومن الجائز أن يكون اشتراه من الأول ثم انتقل عنه بنحو بيع إلى الثاني ثم اشتراه منه أيضاً فيعمل بالبينتين ويلزم بالثمنين ، (وإن اتفق تاريخهما) أي الشراءين اللذين شهدت بهما البينتان (تعارضتا) أي البينتان وصارا كما لو تداعيا عيناً بيد ثالث ، (وإن ادعى كل واحد) من اثنين على آخر (أنه باعني إياه) أي نحو العبد (بألف وأقام) بدعواه (بينة قُدِّمَ أسبقهما تاريخاً) لأن نقل الملك حاصل لمن سبق . فالعقد عليه بعده لا يصح ، (وإن استويا) في التاريخ (تعارضتا) ويتحالفان ويتناصفان العبد ونحوه

لأن بينة كل واحد منهما داخلة فى إحدى النصفين خارجة في النصف الآخر ، فكانت العين بينهما نصفين ولكل أن يرجع على البائع بنصف الثمن ، وأن يفسخ ويرجع بكله، وأن يأخذ كلها مع فسخ الآخر ، وإن أطلقتا أو إحداهما تعارضتا في ذلك إذن لا في شراء لجواز تعدده . فيقبل من المدعى عليه دعوى العبد ونحوه بيمين لهما أن العين لم تخرج عن ملكه ، (وإن قال أحدهما : غصبنى) العبد ونحوه (وقال الآخر : ملكنيه أو أقر لي به ، وأقاما بينتين فهو للمغصوب منه) لأن عند بينته زيادة علم وهو ثبوت اليد له . والبينة الأخرى إنما تشهد بتصرفه فلا معارضة بينهما ، (ولا يغرم) المدعى عليه (للآخر شيئاً) لأنه لم يأخذ منه شيئاً يرجع به عليه بخلاف البيع ، وإن ادعى كل منهما أنه غصبه وأقاما بينتين ، فكان لو ادعى كل منهما أنه اشتراه منه على ما سبق تفصيله ، (وإن ادعى) رب دار (أنه أجره البيت بعشرة فقال المستأجر : بل) أجرتني (كل الدار) بالعشرة وأقام كل بينة (تعارضتا ولا قسمة هنا) أي لا يقسم بينهما ما زاد على البيت ، (وتقدم أول طريق الحكم ، وصفته ما يصح سماع البينة فيه قبل الدعوى وما لا يصح) سماع البينة فيه قبلها.

« تتمة » نقل ابن منصور عن أحمد في رجل أخذ من رجلين ثوبين أحدهما بعشرة والآخر بعشرين ، ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من ثوب هذا ، فادعى أحدهما ثوباً من هذين الثوبين وادعاه الآخر - أقرع بينهما ، فأيهما أصابته القرعة حلف وأخذ الثوب الجيد ، والآخر للآخر ، وإنما قال ذلك لأنهما تنازعا ثوباً بيد غيرهما . قاله في الشرح.



باب تعارض البينتين

(التعارض : التعادل من كل وجه) يقال : تعارضت البينتان إذا تقابلتا ، وعارض زيدٌ عمراً إذا أتاه بمثل ما أتاه به ، وتعارض البينتين اختلافهما بأن تثبت كل منهما ما نفته الأخرى حيث لا يمكن الجمع بينهما فيتساقطان . (إذا قال لعبده : متى قتلت فأنت حر. فادعى العبد أنه) أي سيده (قتل وأنكر ورثته ، فالقول قولهم إن لم تكن له بينة) لأن الأصل عدم القتل ، (وإن أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه بأن أقام العبد بينة أن سيده قتل ، وأقام ورثته بينة) أنه مات (قدمت بينة العبد وعتق) لأن مع بينته زيادة وهو القتل ، وإن لم تكن له بينة فله تحليفهم على نفي العلم ، (وإن قال : إن مت في المحرم فسالم حر ، و) إن مت (في صفر فغانم حر) ومات (ولم تقم لواحد منهما بينة) بموجب عتقه ، (وأنكر الورثة) موته في الشهرين (فقولهم) لأن الأصل بقاؤهما في الرق (وبقيا على الرق) احتمال موته في غير المحرم وصفر ، (وإن أقروا لأحدهما) بموجب عتقه (أو أقام) به (بينة عتق) لثبوت مقتضيه ، (وإن أقام كل واحد) من العبدين (بينة بموجب عتقه تعارضتا وسقطتا) لأن كل واحدة منهما تنفي ما شهدت به الأخرى (وبقيا على الرق) لاحتمال أن يكون مات في غير محرم وصفر ، (وإن علم موته في أحد الشهرين) وهما المحرم وصفر ولم يعلم عينه (أقرع بينهما) للعلم بموجب عتق أحدهما ولا معين له غير القرعة فمن قرع عتق ، (وإن قال : إن مت في مرضي هذا فسالم حر وإن برئت فغانم حر ، وجهل) كونه مات فيه أو برأ (ثم مات، ولم يكن لهما بينة عتق أحدهما بقرعة) لأنه لا يخلو إما أن يكون برأ أو لم يبرأ ، فيعتق أحدهما بكل حال ، ولم يعلم عينه فيخرج بقرعة ، (وإن أقاما بينتين تعارضتا وبقيا على الرق) نقله في المقنع عن الأصحاب لأن كل واحدة من البينتين تنفي ما شهدت به الأخرى ، ثم قال في المقنع : والقياس أن يعتق أحدهما بقرعة ، وزيف في الشرح ما نقله الأصحاب ، (وإن أقر الورثة لأحدهما بما يوجب عتقه عتق بإقرارهم ، وكذا حكم) قوله (إن مت من مرضي هذا) فسالم حر وإن برئت فغانم إذا أتى (عن) بدل (من) في: وأقام كل من العبدين بينة (في التعارض) فإنه يكون الحكم كما تقدم في تعارض البينتين وتساقطهما ، وكونهما يبقيان على الرق أو يعتق أحدهما على ما سبق ، (وأما في الجهل) أي من أي شيء (مات) وعدم البينة لكل منهما (فيعتق سالم لأن الأصل دوام المرض وعدم البرء . وإن أتلف ثوباً) ونحوه من المتقومات تعدياً أو نحوه (فشهدت بينة أن قيمته عشرون ، و) شهدت (بينة) أخرى (أن قيمته ثلاثون - لزمه ما اتفقا

عليه وهو عشرون) دون ما تعارضتا فيه لتساقطهما فيه ، (وكذا لو كان بكل قيمة شاهد) ثبت ما اتفقا عليه ، (وله) أي المدعى (أن يحلف مع الآخر) الشاهد بالعشرة الزائدة (على العشرة كما يأتي آخر الباب بعده) كما لو لم يكن غيره لأن الشاهد مع اليمين نصاب لا تعارضه شهادة الواحد ، قال ابن نصر الله : (لو اختلفت بينتان في قيمة عين قائمة ليتيم يريد الوصي معها أخذ بينة الأكثر فيما يظهر) إن احتملت ، وإلا فما يصدقها الحس ، (وكذا قال الشيخ : لو شهدت بينة أنه أجر حصة بأجرة مثلها و) شهدت (بينة) أنه أجرها (بنصفها) أي بنصف أجرة مثلها أخذ ببينة الأكثر حيث احتمل ، (وتقدم إذا ماتت امرأة وابنها واختلف زوجها وأخوها في أسبقهما) موتاً (في) باب (ميراث الغرقى) مفصلاً .



فصل

إذا شهدت بينة على ميت أنه أوصى بعتق سالم وهو ثلث ماله

وشهدت (بينة أنه أوصى بعتق غانم وهو ثلث ماله ولم تجز الورثة) عتقهما معاً (أقرع) بينهما (فمن قرع) خرجت له القرعة (عتق سواء اتفق تاريخهما أو اختلف) أو أطلقتا أو أحداهما إذ لا فرق بين متقدم الوصية ومتأخرها ، وإنما أقرع بينهما ولم يعتق من كل منهما نصفه قياساً على الوصية بمال لأن الإعتاق بعد الموت كالإعتاق في مرض الموت ، وقد أقرع النبي ﷺ في مرض الموت في حديث عمران بن حصين ، وتقدم في العتق ، فكذلك بعد الموت لأن المعنى المقتضي تكميل العتق في أحد العبدين في الحياة موجود بعد الموت ، (فلو كانت بينة وارثه فاسقة) ولم تكذب الأجنبية (عتق سالم) بلا قرعة لأن بينة غانم الفاسقة لا تعارض بينته العادلة (ويعتق غانم بقرعة) لإقرار الورثة بالوصية لعتقه أيضاً فاقتضى ذلك القرعة بين العبدين ، لكن لما كانت بينة سالم عادلة عتق أولاً لعدم التعارض وأعتقنا غانماً بخروج القرعة له ، (وإن كانت) الوارثة الشاهدة بعتق غانم (عادلة وكذبت الأجنبية لغا تكذيبها) للأجنبية (دون شهادتهما وانعكس الحكم فيعتق غانم) بلا قرعة (ثم وقف عتق سالم على القرعة) كما لو شهدت بذلك البينتان من غير تكذيب بخلاف غانم فإنه يعتق بلا قرعة لشهادتها بعتقه وإقرارها أنه لم يعتق سواه ، (وإن كانت) الوارثة (فاسقة مكذبة) للعادلة الأجنبية (أو) كانت (فاسقة وشهدت برجوعه عن عتق سالم عتق العبدان) أما سالم فلأنه لم يثبت عتق غانم ببينة تعارض بينة ، وأما غانم فلإقرارها بعتقه دون الآخر ، وشهادتهما

بالرجوع عن الوصية بعتق سالم يتضمن الإقرار بالوصية بعتق غانم وحده فهو كما لو كانت مكذبة للأخرى ، (ولو شهدت) أي الورثة (وليست فاسقة ولا مكذبة) للأجنبية (قبلت شهادتها وعتق غانم وحده) لأنها بينة عادلة لم تجر إلى نفسها نفعاً فوجب قبولها (كما لو كانت الشاهدة برجوعه أجنبية ولو كان في هذه الصورة) وهي ما إذا كانت الشاهدة برجوعه عن عتق سالم (غانم سدس المال عتقا) أي العبدان (ولم تقبل شهادتها) بالرجوع من عتق سالم لأنها متهمة بدفع السدس للآخر عنها فلا تقبل شهادتهما لذلك * لا يقال : الشهادة برجوعه عن عتق سالم وهو ثلث المال تجر إليها ولاء غانم ؛ لأنه يقال : هما يسقطان ولاء سالم أيضاً ، على أن الولاء إنما هو ثبوت سبب الميراث ، ومثل ذلك لا ترد الشهادة فيه كما يثبت النسب بالشهادة ، وإن كان للشاهد يجوز أن يرث المشهود له ، وتقبل شهادة الإنسان لأخيه بالمال وإن جاز أن يرثه، (الوارثة العادلة فيما تقوله خبراً لا شهادة) منصوبان على المصدرية بتقوله على حد قعد القرفصاء وقوله (كالفاسقة في جميع ما ذكرنا) خبر عن الوارثة أي خبر الوارثة العادلة كشهادة الفاسقة ؛ لأن خبرها إقرار فيعمل به كإقرار الفاسقة وشهادتها ، (وإن شهدت بينة أنه أعتق سالماً في مرضه و) شهدت (بينة أنه أوصى بعتق غانم ، وكل واحد منهما) أي من العبدين (ثلث المال ، عتق سالم وحده) لسبق العتق على الوصية وإن كانت متقدمة في اللفظ ؛ لأن الوصية إنما تلزم بالموت ، بخلاف العتق فإنه كالعطية فيلزم من حينه ؛ (وإن شهدت بينة أنه أعتق سالماً في مرضه ، و) شهدت (بينة أنه أعتق غانماً في مرضه - عتق أقدمهما تاريخاً إن كانت البينتان أجنبيتين أو كانت بينة أحدهما وارثة ولم تكذب الأجنبية) لأن المريض إذا تبرع تبرعات يعجز ثلثه عن جميعها قدم الأول فالأول ، (وإن سبقت الأجنبية) تاريخاً (فكذبتها الوارثة) عُتِقا ، أما سالم فلسبق بينته ، (وأما غانم فمؤاخذة للوارثة بمقتضى قولها إنه لم يعتق سواه، (أو سبقت الوارثة) تاريخاً (وهى فاسقة - عتقا) ، أما سالم فلشهادة البينة العادلة بعتقه فلا تعادلها الفاسقة ، وأما غانم فلإقرار الورثة أنه هو العتيق دون سالم ، (وإن جهل أسبقهما) كما لو اتحد تاريخهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ، (وكذا لو كانت بينة غانم وارثة) وجهل الأسبق فإنه يقرع بينهما لما سبق ، (وإن قالت البينة الوارثة : ما أعتق سالماً وإنما أعتق غانماً - عتق غانم كله) بلا قرعة لإقرار الورثة بعتقه ، (وحكم سالم كحكمه لو لم تطعن الوارثة في بينته في أنه يعتق) بلا قرعة (إن تقدم تاريخ عتقه) لسبقه (أو خرجت له القرعة) فيما إذا جهل الحال لإلغاء طعنها في بينته ، (وإلا) أي وإن لم يتقدم تاريخ عتقه بل تأخر إن علم التاريخ أو لم تخرج له القرعة إن جهل (فلا) يعتق سالم كما لو لم تطعن في بينته ، (وإن كانت) البينة (الوارثة فاسقة)

وشهدت بعتقِ غانم (ولم تطعن في بينة سالم عتق كله) بلا قرعة لأن البينة العادلة شهدت بعتقه ولم يوجد ما يعارضها ، (وينظر في غانم فإن كان تاريخ عتقه سابقاً أو خرجت القرعة له عتق كله) لإقرار الورثة بأنه أعتقه ، (وإن كان) عِتقُ غانم (متأخراً أو خرجت القرعة لسالم لم يعتق منه) أي من غانم (شيء) لأن بينته لو كانت عادلة لم يعتق منه إذا منع فسقها أولى ، (وإن كانت كَذَّبَتْ) بينة غانم (بينةَ سالم عتق العبدان) لأن سالماً مشهود بعتقه وغانماً مقر له بأن لا يستحق العتق سواه ، (وتدبير مع تنجيز) في مرض موت (كآخر تنجيزين مع أسبقهما في كل ما قدمنا) لأن المدبر يعتق بالموت ؛ فوجب أن يتأخر عن المنجز في الحياة أشبه الموصى بعتقه مع المنجز عتقه .



فصل
وإن مات عن ابنين مسلم وكافر فادعى كل منهما أنه

أي الأب (مات على دينه ، فإن عرف أصل دينه) من إسلام أو كفر (فالقول قول من يدعيه) لأن الأصل بقاؤه على ما كان عليه ، وإن لم يعرف أصل دينه (فالميراث للكافر إن اعترف المسلم أنه أخوه أو قامت به) أي أنه أخوه (بينة) لأن المسلم لا يقر ولده في دار الإسلام على الكفر ، فصار معترفاً بأن أباه كان كافراً مدعياً إسلامه ، وأخوه ينكره والقول قول المنكر ، (وإلا) أي وإن لم يعترف المسلم بأخوة الكافر ولم تقم بها بينة (فـ)ـالميراث (بينهما) لتساويهما في الدعوى مع عدم المرجح أشبه ما لو تنازعا عيناً في يديهما ، (وإن أقام كل) واحد (منهما بينة أنه مات على دينه ولم يعرف أصل دينه تعارضتا) وتساقطتا لتعذر الجمع بينهما ويتناصفان التركة كما لو لم تكن بينة ، (وإن قال شاهدان : نعرفه مسلماً ، و) قال (شاهدان) آخران : (نعرفه كافراً ، ولم يؤرخا معرفتها ولا عرف أصل دينه فالميراث للمسلم) لأن الإسلام يطرأ على الكفر كثيراً ، والكفر إذا طرأ على الإسلام لا يقر عليه ، (وتقدم : الناقلة إذا عرف أصل دينه فهو) أي في جميع ما سبق (كما تقدم) ؛ لأن البينة له على أصل دينه شهادتها على الأصل الذي تعرفه ، والبينة الأخرى معها علم لم تعلمه الأولى فقدمت عليها ، كما لو شهد اثنان أن هذا العبد كان ملكاً لفلان إلى موته ، وآخر أنه أعتقه أو باعه في حياته ، (ولو شهدت بينة أنه مات ناطقاً بكلمة الإسلام ، و) شهدت (بينة أخرى أنه مات ناطقاً بكلمة الكفر تعارضتا ولو لم يعرف أصل دينه) لأن البينتين أرختا وقتاً واحداً هو ساعة موته فتعارضتا وتساقطتا لتعذر الجمع ، (وإن خلف) ميت (أبوين كافرين وابنين مسلمين واختلفوا في دينه ، فكما تقدم في ابنين مسلمٍ وكافرٍ) لأن هؤلاء مع ثبوت

دعواهم لا فرق بين دعوى الابنين . قال في المستوعب : وعلى كل حال يغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين . انتهى . قال القاضي : يدفن معنا ، وقال ابن عقيل : وحده . (وكذا لو خلف ابناً كافراً وامرأة وأخاً مسلمين) فعلى ما تقدم ، (ومتى نصفنا المال فنصفه للأبوين على ثلاثة) للأب ثلثاه والنصف الآخر للابنين ، (و) كذلك إذا نصفنا في الثانية و (نصفه للزوجة والأخ على أربعة) للزوجة ربعه وباقيه للأخ والنصف الآخر للابن المنازع ، (ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت وادعت انها أسلمت قبل موته) لترث منه (وأنكر الورثة - فقولهم) لأن الأصل بقاؤها على الكفر فيكون القول قول الورثة بيمينهم ، (وإن ادعى الورثة أنها كانت كافرة ولم يثبت) كونها كانت كافرة (وأنكرتهم) فقولها (أو ادعوا) أي الورثة (أنه طلقها قبل موته) طلاقاً يسقط الإرث (فأنكرتهم - فقولها) لأنهم اعترفوا بالزوجية التي هي سبب الإرث وادعوا ما يسقطه والأصل عدمه ، (وإن اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنه راجعها) أي أعادها بعقد جديد (وأنكروا) أي الورثة (فقولهم) لأن الأصل عدم الإعادة ، (وإن) اتفقوا على الطلاق و (اختلفوا في انقضاء عدتها فقولها في أنها) أي العدة (لم تنقض) لأنه الأصل ، (ولو مات مسلم وخلف ابنين مسلم وكافر فأسلم الكافر وقال : أسلمت قبل موت أبي) أو قبل قسم تركته (وقال أخوه : بل بعده) أي أسلمت بعد ذلك ، (فلا ميراث له) لأنه مقر بالكفر أو لا مدعٍ للإسلام فيما قبل الموت أو فيما قبل قسمة التركة ، والأصل بقاؤه على كفره فيكون القول قول أخيه المسلم بيمينه إلا أن يقيم بينة بدعواه أو يصدقه باقي الورثة ، (فإن قال : أسلمت في المحرم ومات أبي في صفر ، فقال أخوه) المسلم : (بل) مات أبوك (في ذي الحجة ، فله الميراث مع أخيه) لأنهما اتفقا على الإسلام في المحرم وإنما اختلفا في أن الموت هل كان قبله أو بعده ، والأصل حياة الأب فوجب أن يكون الإرث بينهما ، (ولو خلف حر ابناً وابناً كان عبداً فادعى أنه عتق وأبوه حي) وأنكره أخوه (ولا بينة - صدق أخوه في عدم ذلك) أي في أنه لم يعتق قبل موت أبيه لأن الأصل بقاء الرق ، (وإن ثبت عتقه في رمضان فقال الحر : مات أبي في شعبان ، وقال العتيق: بل) مات (في شوال - صدق العتيق) لأن الأصل بقاء حياة الأب إلى شوال، (وتقدم بينة الحر مع التعارض) أي لو أقام الحر بينة أن أباه مات في شعبان والعتيق بينة أنه مات في شوال قدمت بينة الحر لأن معها زيادة علم . (ولو شهدا) أي أثنان (على اثنين بقتل) زيد مثلا (فشهدا) أي المشهود عليهما (على الشاهدين به) أي أنهما القاتلان (وصدق الولي الكل) أي الأربعة (أو) صدق (الآخرين أو كذب) الولي

(الكل أو) كذب (الأولين فقط - فلا قتل ولا دية) لأن شهادة المشهود عليهما غير معتبرة لأنهما متهمان بالدفع عن أنفسهما بذلك ، وتصديق الولي لهما غير معتبر ، وكذا لو صدق الجميع بأن قال : قتلوه كلهم ؛ لأن كل اثنين من البينتين تدفع عن نفسها القتل بالشهادة فلا تقبل ، وكذا لو أكذب الجميع لأنه يعترف بأن لا حق له عندهم ، (وإن صدق) الولي الشاهدين (الأولين فقط) أي دون الآخرين (حكم بشهادتهما) لعدم ما يدفعها (وقتل من شهدا عليه) بالقتل وهما الأخيران لثبوت القتل عليهما إن كان عمداً محضاً .

